

Die Entwicklung der Lehre von der sog. Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangennem Tun im Schrifttum des 19. Jahrhunderts

Eine kritische Darstellung

Alfons van Gelder

1967

DIE ENTWICKLUNG DER LEHRE
VON DER SOG. ERFOLGSABWENDUNGSPFLICHT
AUS VORANGEANGENEM TUN IM SCHRIFTTUM
DES 19. JAHRHUNDERTS

Eine kritische Darstellung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg/Lahn



vorgelegt von

ALFONS VAN GELDER

Assessor aus Oberhausen

Marburg 1967

Druck: Görich & Weiershäuser, Marburg



Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissen-
schaftlichen Fakultät angenommen am 20. November 1967

Berichterstatter: Professor Dr. Wolf

Mitberichterstatter: Professor Dr. Hall

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Dezember 1967

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Schrifttumsverzeichnis	I
Einleitung	1
1. Kapitel: Die Lehren zu den Unterlassungsdelikten vor Feuerbach	4
2. Kapitel: Die älteren Rechtspflichttheorien	15
3. Kapitel: Die Kausalitätstheorien	37
1. Vorbemerkung	37
2. Die einzelnen Ansichten	38
3. Zusammenfassung	67
4. Kapitel: Die jüngeren Rechtspflichttheorien	72
1. Die einzelnen Ansichten	72
2. Zusammenfassung	105
5. Kapitel: Die Begründung der Rechtspflicht aus vor- angegangenem Tun aus Gewohnheitsrecht	106
1. Die Ansicht von Traeger	106
2. Widerlegung dieser Ansicht	113
Abschließende Bemerkungen zum Problem der sog. Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun	128

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- Alberti, O. v. Rechtswidrige Unterlassungen
Stuttgart 1908
- Aldosser Inwieferne können durch Unterlassungen
strafbare Handlungen begangen werden?
München 1882
- Bar, Karl Ludwig von Die Lehre vom Causalzusammenhang im
Rechte, besonders im Strafrechte
Leipzig 1871
- ders. Gesetz und Schuld im Strafrecht
Fragen des geltenden deutschen Strafrechts
und seiner Reform
Band I: Das Strafgesetz
Berlin 1906
Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze
Berlin 1907
- Bauer, Anton Lehrbuch des Strafrechts
1. Aufl., Göttingen 1827
2. Aufl., Göttingen 1833
- ders. Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem
Strafprocesse
VI. Abh. : Von dem Versuche eines Ver-
brechens
VII. Abh. : Von der Theilnahme Mehrerer an
einem Verbrechen
Göttingen 1840
- Berger, Alfred Ueber Bewirken durch Unterlassen
Zeitschrift für das Privat- und öffentliche
Recht der Gegenwart (Grünhut-Zeitschrift)
9. Bd., S. 734 ff.
Wien 1882
- Berner, Albert Friedrich Lehrbuch des deutschen Strafrechts
18. Aufl., Leipzig 1898
- Binding, Karl Die Normen und ihre Übertretung
Eine Untersuchung über die rechtmäßigen
Handlungen und die Arten des Delikts
1. Band: Normen und Strafgesetze
1. Aufl., Leipzig 1872
2. Aufl., Leipzig 1890
3. Aufl., Leipzig 1916
2. Band: Schuld, Vorsatz, Irrthum
1. Hälfte: Zurechnungsfähigkeit, Schuld
2. Aufl., Leipzig 1914

- Blei, Hermann Garantenpflichtbegründung beim unechten
Unterlassen
Beiträge zur gesamten Strafrechtswissen-
schaft - Festschrift für Hellmuth Mayer, S. 119 ff.
Berlin 1966
- Bockelmann, Paul Niederschriften über die Sitzungen der Gro-
ßen Strafrechtskommission, Bd. 2, S. 277
- ders. Umdruck II R 5 in Niederschriften über die
Sitzungen der Großen Strafrechtskommission,
Bd. 12, S. 475
- ders. Niederschriften über die Sitzungen der Gro-
ßen Strafrechtskommission, Bd. 12, S. 85 ff.
- Böhmer, Jh. S. Fr.v. Meditationes in Constitutionem Criminalem
Carolinam
Halle 1770
- Borst Ueber die Theilnahme an einem Verbrechen
und über die Nothwendigkeit, deren verschie-
dene Arten und Abstufungen näher zu unter-
scheiden
Neues Archiv des Criminalrechts, 7. Bd.,
4. Stück, S. 670 ff.
- Breidenbach, Moritz Wil- Commentar über das Großherzoglich Hessi-
helm August sche Strafgesetzbuch und die damit in Verbin-
dung stehenden Gesetze und Verordnungen,
nach authentischen Quellen, mit besonderer
Berücksichtigung der Gesetzgebungswerke an-
derer Staaten, namentlich des Königreichs
Württemberg und des Großherzogtums Baden
1. Band, Heft 1 - 7
Darmstadt 1842 - 44
- Bucher, Ewald Niederschriften über die Sitzungen der Gro-
ßen Strafrechtskommission, Bd. 2, S. 278
- Bülow, Oskar Heitere und ernste Betrachtungen über die
Rechtswissenschaft
Zweite Ausgabe der "Briefe eines Unbekann-
ten über die Rechtswissenschaft"
Leipzig 1901
- Buri, M. v. Ueber die Begehung der Verbrechen durch
Unterlassung
GS Bd. 21 (1869), S. 189 ff.
- ders. Ueber die Begehung von Verbrechen durch
Unterlassung
GS Bd. 27 (1875), S. 25 ff.
- ders. Über die Kausalität der Unterlassung
ZStW 1881, 400 ff.

- Carpzow, Benedikt Practicae Novae Imperialis Saxonicae Rerum Criminalium
Leipzig 1739
- Clemens, Otto Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch
Strafrechtliche Abhandlungen Heft 149
Breslau 1912
- Dahm, Georg Bemerkungen zum Unterlassungsproblem
ZStW Bd. 59 (1940), S. 133 ff.
- Dohna, Alexander Graf zu Der Aufbau der Verbrechenslehre
3. Aufl., Bonn 1947
- Drost, Heinrich Der Aufbau der Unterlassungsdelikte
GS Bd. 109 (1937), S. 1 ff.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
Ein Lehrbuch
1. Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte
15. Aufl., Tübingen 1959
- Feuerbach, P. J. Anselm Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts
2. Aufl., Gießen 1803
14. Aufl., Gießen 1847
- ders. Kritik des Kleinschrodischen Entwurfes zu einem peinlichen Gesetzbuch für die bayerischen Staaten
3. Theil: Specieller Kritik der Grundsätze dieses Entwurfs über die Verbrechen und Strafen insbesondere
abgedruckt in: Bibliothek des peinlichen Rechts, der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzkunde - 3. Theil
Gießen 1804
- Finger, August Das Strafrecht systematisch dargestellt
Erster Band (Strafrecht I)
Berlin 1894
- ders. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts
1. Band, Berlin 1904
4. Aufl., 1932
- ders. Strafrecht
in: Das gesamte Deutsche Recht, Band II,
S. 411 ff. - Hsgb. v. Rudolf Stammler
Berlin 1935
- Fischer, Paul Das kausale Element im sogenannten Begehungsdelikte durch Unterlassung
ZStW Bd. 23 (1903), S. 459 ff.

- Frank, Reinhard Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich
nebst Einführungsgesetz
1. Aufl., Leipzig 1897
2. Aufl., Leipzig 1901
5.-7. Aufl., Tübingen 1908
15. Aufl., Tübingen 1924
17. Aufl., Tübingen 1926
18. Aufl., Tübingen 1931
- Frede, Hans-Rainer Die Rechtspflicht zum Handeln aus vorange-
gangenem Tun bei den unechten Unterlassungs-
delikten
Diss. Hamburg 1961 (Maschinenschrift)
- Gallas, Wilhelm Niederschriften über die Sitzungen der Großen
Strafrechtskommission, Bd. 2, S. 279
- ders. Niederschriften über die Sitzungen der Großen
Strafrechtskommission, Bd. 12, S. 79 f.
- Geyer, August Begriff und allgemeiner Thatbestand des Ver-
brechens - Handbuch des deutschen Strafrechts -
In Einzelbeiträgen - hsgg. von v. Holtzendorff
4. Band, Berlin 1877, S. 89 ff.
- ders. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung
und Rechtswissenschaft - (Buchrezension)
Bd. 24 (Bd. 5 n.F.) (1882), S. 237 ff.
- ders. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung
und Rechtswissenschaft - (Buchrezension)
Bd. 24 (Bd. 5 n.F.) (1882), S. 423 ff.
- Glaser, Julius Abhandlungen aus dem Oesterreichischen Straf-
recht, 1. Band: Ueber strafbare Unterlassungen
Wien 1858
- ders. Ueber strafbare Unterlassungen nach österrei-
chischem Recht
Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung
1857, S. 153 f., 157 f., 161 f., 165 f., 181 f.,
185 f., 189 f., 193 f., 197 f., 201 f.
- Granderath, Reinhard Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus
einem vorangegangenen gefährdenden Verhalten
bei den unechten Unterlassungsdelikten
Diss. Freiburg 1961
- Grolmann, Karl v. Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft
2. Aufl., Gießen 1805
3. Aufl., Gießen 1808
- Grünwald, Gerald Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unter-
lassungsdelikte
ZStW 70, 412 ff.

- Günther, Hans-Herbert Begehung durch Unterlassung - Ein praktischer Beitrag zur Lehre von den sogenannten unechten Unterlassungsdelikten
Leipziger Diss. 1938
- Guthmann, Julius Die negativen Bedingungen in ihren Beziehungen zu den unechten Unterlassungsdelikten
Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 20
Breslau 1899
- Hall, Karl Alfred Fahrlässigkeit im Vorsatz
Eine anthropologisch-strafrechtsdogmatische Studie
Marburg 1959
- ders. Über Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung
Allgemeines und Besonderes zum sog. Kokainfall - Ein juristisches Bild
Erinnerungsgabe für Max Grünhut, S. 213 ff.
Marburg 1965
- Hälschner, Hugo Das gemeine deutsche Strafrecht - systematisch dargestellt
1. Bd.: Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren
Bonn 1881
- ders. Das Preußische Strafrecht - 3. Theil
System des Preußischen Strafrechts
2. Theil: Die Verbrechen gegen das Recht der Privatperson
Bonn 1868
- ders. Die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen
GS Bd. 21 (1869), S. 11 ff., 98 ff.
- Haupt, Friedrich Zur Lehre von den Unterlassungsdelikten
ZStW Bd. 2 (1882), S. 533 ff.
- Heffter, August Wilhelm Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte
3. Aufl., Halle 1846
6. Aufl., Braunschweig 1857
- Henke, Eduard Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik
1. Theil, Berlin u. Stettin 1823
2. Theil, Berlin u. Stettin 1826
3. Theil, Berlin u. Stettin 1830
- Henkel, Heinrich Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip
Festschrift für Edmund Mezger, S. 249 ff.
München 1954

- Henkel, Heinrich Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten
Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 1961, S. 178 ff.
- Heil, Chr. Jacob Judex et Defensor, in processu inquisitionis, seu tractatus criminalis theoretico-practicus
Leipzig 1717
- Hepp Ueber die Nichtverhinderung von bevorstehenden und die unterlassene Anzeige von begangenen Verbrechen, nach dem Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Württemberg vom Jahre 1835, in Vergleichung mit dem gemeinen Rechte und neueren Legislationen, mit besonderer Rücksicht auf den Hochverrath
Archiv des Criminalrechts Neue Folge 1837, 1 ff.
- Hippel, Robert v. Deutsches Strafrecht - Zweiter Band
Das Verbrechen - Allgemeine Lehren
Berlin 1930
- ders. Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission
ZStW Bd. 36 (1915), S. 501 ff.
- Höpfner, Wilhelm Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte
ZStW Bd. 36 (1915), S. 103 ff.
- Hrehorowicz, Thaddaeus Grundlagen und Grundbegriffe des Strafrechts
Dorpat 1880
- Janka, Karl Das österreichische Strafrecht
1. Aufl., Prag u. Leipzig 1884
2. Aufl., Prag u. Leipzig 1889
3. Aufl., Prag, Wien u. Leipzig 1894
- Jarcke, Carl Ernst Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf die Bestimmungen der preussischen, österreichischen, baierischen und französischen Strafgesetzgebung
1. Band, welcher die Einleitung und die allgemeinen Lehren enthält
Berlin 1827
- Jescheck, Hans-Heinrich Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 2, S. 276
- Jhering, Rudolph v. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung
3. Theil, 1. Abtheilung
3. Aufl., Leipzig 1877
- Kant, Immanuel Kritik der reinen Vernunft
(Immanuel Kants Werke Bd. III, hsgg. von Ernst Cassirer)
Berlin 1922

- Kantorowicz, Herrmann U. Unechtes Unterlassungs- und unbewußtes Fahrlässigkeitsdelikt
Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 297
Breslau 1931
- Kaufmann, Armin Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte
Göttingen 1959
- ders. Methodische Probleme der Gleichstellung
des Unterlassens mit der Begehung
JuS 1961, 173 ff.
- Klee, K. Die fahrlässige Tötung in der preussischen
Praxis 1792 - 1812
Ein quellenmäßiger Beitrag zur Geschichte
der Fahrlässigkeit
GA Bd. 62 (1916), S. 394 ff.
- Klein, D. Ernst Ferdinand Grundsätze des gemeinen deutschen und
preussischen peinlichen Rechts
Halle 1796
- Knoche, Wolfgang Die Entwicklung der Lehre vom Kausalzusam-
menhang im Zivil- und Strafrecht
Marburger Diss. 1959
- Köstlin, Reinhold System des deutschen Strafrechts
Allgemeiner Theil
Tübingen 1855
- ders. Abhandlungen aus dem Strafrechte
Tübingen 1858
- Kohler, Josef Leitfaden des Deutschen Strafrechts
Leipzig 1912
- ders. Studien aus dem Strafrecht I, Unterlassungs-
delikte, S. 45 ff.
Mannheim 1890
- Kraus, Oskar Rechtsphilosophie und Jurisprudenz
ZStW 23, 763 ff.
- ders. Das Dogma von der Ursächlichkeit der Unter-
lassung
Wien 1898
- Kreß, Paul Johann Commentatio succincta in Constitutionem Cri-
minalem Caroli V. Imperatoris
Hannover 1730
- Krieger, Herbert Die Rechtspflicht zum Handeln in ihrer Bedeu-
tung für die unechten Unterlassungsdelikte
Bonner Diss. 1933
- Krille Niederschriften über die Sitzungen der Großen
Strafrechtskommission, Bd. 2, S. 278

- Krug, August Otto Commentar zu dem Strafgesetzbuche für das
Königreich Sachsen vom 11. August 1855 und
den damit in Verbindung stehenden Gesetzen
Vierte Abtheilung: Abhandlungen aus dem
Strafrechte zur Erläuterung des Strafgesetz-
buchs für das Königreich Sachsen
II. Ueber Unterlassungsverbrechen, S. 21 ff.
Leipzig 1855
- Landsberg, Ernst Die sogenannten Commissivdelikte durch Un-
terlassung im deutschen Strafrecht - Ein Ver-
such
Freiburg i. B. 1890
- Lange, Richard Niederschriften über die Sitzungen der Großen
Strafrechtskommission, Bd. 12, S. 97
- Leyser, August Meditationes ad pandectas quibus praecipua
juris capita ex antiquitate explicantur cum
juribus recentioribus conferuntur atque variis
celebrium collegiorum responsis et rebus ju-
dicatis illustrantur
volumen VIII, editio secunda
Leipzig 1739
volumen IX, editio secunda
Leipzig 1741
- Lilienthal, K. v. Grundriß zur Vorlesung über deutsches Straf-
recht
1. Aufl., Marburg 1892
2. Aufl., Marburg 1900
3. Aufl., Marburg 1904
- Liszt, Franz v. Das Deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des
Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen straf-
rechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichti-
gung der Rechtsprechung des Reichsgerichts
systematisch dargestellt (Reichsstrafrecht)
Berlin und Leipzig 1881
- ders. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts
2. Aufl., Berlin u. Leipzig 1884
3. Aufl., Berlin u. Leipzig 1888
9. Aufl., Berlin 1899
12./13. Aufl., Berlin 1903
16./17. Aufl., Berlin 1908
23. Aufl., Berlin u. Leipzig 1921
- Loening, Richard Grundriß zu Vorlesungen über Deutsches
Strafrecht
Frankfurt/Main 1885

- Luden, Heinrich Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte
 1. Band: Über den Versuch des Verbrechen nach gemeinem teutschen Rechte
 Göttingen 1836
 2. Band: Über den Thatbestand des Verbrechen nach gemeinem teutschen Rechte
 Göttingen 1840
- ders. Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes - 1. Band
 Jena 1847
- Marezoll, Theodor Das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzgebungen
 1. Aufl., Leipzig 1841
 3. Aufl., Leipzig 1856
- Martin, Christoph Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminalrechts mit besonderer Rücksicht auf das im Jahre 1813 publicirte Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern
 2. Ausgabe, Heidelberg 1829
- Mayer, Hellmuth Das Analogieverbot im gegenwärtigen deutschen Strafrecht
 SJZ 1947, Sp. 12 ff.
- ders. Strafrecht - Allgemeiner Teil
 Stuttgart und Köln 1953
- ders. Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände in: Materialien zur Strafrechtsreform
 1. Band: Gutachten der Strafrechtslehrer, S. 259 ff.
 Bonn 1954
- Mayer, Max Ernst Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts
 Lehrbuch
 2. Aufl., Heidelberg 1923
- Merkel, Adolf Von den Unterlassungsverbrechen, beziehungsweise dem negativen Unrechte, und ihrem Gegensatze, und von dem Verhältniß der ersteren zu den Polizeivergehen
 in: Kriminalistische Abhandlungen
 I. Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner rechtlichen Folgen, auch als Prolegomena zur Lehre vom strafbaren Betrüge, S. 76 ff.
 Gießen 1867
- ders. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts
 Stuttgart 1889

- Merkel, Adolf Elemente der allgemeinen Rechtslehre
in: Encyklopädie der Rechtswissenschaft
hsgg. von Franz v. Holtzendorff
Leipzig 1890
- ders. - Liepmann, M. Die Lehre von Verbrechen und Strafe
Stuttgart 1912
- ders. - Merkel, R. Juristische Enzyklopädie
5. Aufl., Berlin 1913
- Merkel, Paul Begehung durch Unterlassung
Göttinger Diss. 1895
- Meyer, Hugo Grundzüge des Strafrechts nach der Deutschen
Gesetzgebung unter Berücksichtigung ausländi-
scher Rechte
Leipzig 1877
- ders. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts
2. Aufl., Erlangen 1877
3. Aufl., Erlangen 1882
4. Aufl., Erlangen 1888
5. Aufl., Leipzig 1895
- ders. - Allfeld Lehrbuch des Strafrechts
7. Aufl., Leipzig 1912
8. Aufl., Leipzig u. Erlangen 1922
9. Aufl., Leipzig 1934
- Nagler, Johannes Die Problematik der Begehung durch Unterlas-
sung
GS Bd. 111 (1938), S. 1 ff.
- Nowakowski, Friedr. Buchbesprechung: Welzel
JZ 1958, 380 f.
- Oersted, A. S. Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral und
Gesetzgebungs-Philosophie
1. Band: Ueber die Grundregeln der Strafge-
setzgebung
Kopenhagen 1818
- Oppenhoff, F. C. Das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staa-
ten nebst dem Gesetze und den Verordnungen
über die Einführung desselben
5. Aufl., Berlin 1867
- Oppenhoff-Delius Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich
14. Aufl., Berlin 1901
- Ortmann Ueber die Begehung von Verbrechen durch Un-
terlassung
GS Bd. 26 (1874), S. 439 ff.

- Ortmann Ein Schlußwort über die Begehung von Verbrechen durch Unterlassung
GS Bd. 27 (1875), S. 209 ff.
- Püttmann, I. L. E. - *Elementa iuris criminalis commoda auditoribus methodo adornata, nunc aucta passim et suppleta, inprimis ex legibus saxonis ad praesens tempus continata*
Biener, D. Chr. Gottlob Leipzig 1802
- Roßhirt, C. F. Lehrbuch des Criminalrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts und mit besonderer Rücksicht auf die Darstellung des römischen Criminalrechts
Heidelberg 1821
- Rotering, F. Ueber die Verbindlichkeit des Handelnden zur Abwendung eines strafrechtlichen Erfolgs aus einer selbst schuldlos erzeugten Gefahr
GS Bd. 34 (1883), S. 206 ff.
- ders. Unterlassung nach schuldlos gesetzter Kausalität
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
1906, S. 54 ff.
- Rudolphi, Hans-Joachim Die Gleichstellungsproblemätik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz
Göttingen 1966
- Schaffstein, Friedrich Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts
Berlin 1930
- Schafheutle Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12, S. 101
- Schönke-Schröder Strafgesetzbuch - Kommentar
12. Aufl., München und Berlin 1965
- Schütze, Theodor Lehrbuch des Deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs
Reinhold 2. Aufl., Leipzig 1874
- Spangenberg Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit
Neues Archiv des Criminalrechts 4. Band
4. Stück (1821), S. 527 ff.
- Spitaler, Armin Zur Frage der Rechtspflicht zum Handeln und der Benützung behördlicher Irrtümer im Steuerrecht
Steuer und Wirtschaft 1949, Sp. 565 ff.

- Stackelberg Niederschriften über die Sitzungen der Großen
Strafrechtskommission, Bd. 2, S. 278
- Steltzer, Christian Lehrbuch des deutschen Criminalrechts
Julius, Ludwig Halle 1793
- Stübel, Christoph Carl System des allgemeinen Peinlichen Rechts mit
Anwendung auf die in Chursachsen geltenden
Gesetze besonders zum Gebrauche für acade-
mische Vorlesungen
1. Bd.: Einleitung in die peinliche Rechtswissen-
schaft
2. Bd.: Von den Verbrechen im Allgemeinen
Leipzig 1795
- ders. Über den Tatbestand der Verbrechen, die Ur-
heber derselben und die zu einem verdammen-
den Endurtheile erforderliche Gewißheit des
erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung,
nach gemeinen in Deutschland geltenden und
Chursächsischen Rechten
Wittenberg 1805
- ders. Über die Theilnahme mehrerer Personen an
einem Verbrechen - Ein Beitrag zur Criminal-
gesetzgebung und zur Berichtigung der in den
Criminalgerichten geltenden Grundsätze
Dresden 1828
- ders. Ueber gefährliche Handlungen als für sich be-
stehende Verbrechen, zur Berichtigung der Leh-
re von verschuldeten Verbrechen nebst Vorschlä-
gen zur gesetzlichen Bestimmung über die Be-
strafung der ersteren
Neues Archiv des Criminalrechts 8. Band
2. Stück, S. 236 ff. (1826)
- Sturm, A. Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung
Eine Abhandlung
Berlin 1895
- ders. Die strafbaren Unterlassungen - insbesondere
die fahrlässigen Unterlassungen der Ärzte, Heil-
künstler, gewerbsmäßigen Gesundheitsbeter und Kur-
pfuscher - Eine Abhandlung
Berlin 1905
- Traeger, Ludwig Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf-
und Zivilrecht
Festgaben für Enneccerus, S. 1 ff.
(Festschrift für Enneccerus)
- Weigand, E. L. Erörterungen der wichtigsten Lehren des Krimi-
nalrechts - In Zusätzen zu Feuerbachs Lehrbuch
des peinlichen Rechts
Stuttgart 1836

- Welzel, Hans Zur Problematik der Unterlassungsdelikte
JZ 1958, 494 ff.
- ders. Das Deutsche Strafrecht
Eine systematische Darstellung
9. Aufl., Berlin 1965
- ders. Niederschriften über die Sitzungen der Großen
Strafrechtskommission, Bd. 2, S. 275
- ders. Niederschriften über die Sitzungen der Großen
Strafrechtskommission, Bd. 12, S. 94
- Westphal, D. Ernst
Christian Das Criminalrecht, in wissenschaftlich geord-
neten, und mit praktischen Ausarbeitungen be-
stärkten Abhandlungen und Anmerkungen über
dessen wichtigste Gegenstände
Leipzig 1785
- Wolf, Ernst Zum Begriff des Schuldverhältnisses
Festgabe für Heinrich Herrfahrdt, S. 197 ff.
(Herrfahrdt-Festschrift) Marburg 1961
- ders. Zur Methode der Bestimmung von privatem
und öffentlichem Recht
Festschrift für Erich Molitor, S. 1 ff.
(Molitor-Festschrift) München und Berlin 1962
- ders. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten
Gewerbebetrieb
Festschrift für Fritz von Hippel, S. 665 ff.
Tübingen 1967
- ders. Untersuchung der Frage der arbeitsrechtlichen
Einordnung der betrieblichen Übung einschließ-
lich der betrieblichen Ordnung sowie des still-
schweigenden Verhaltens im Recht des Arbeits-
verhältnisses im Hinblick auf ein zu schaffen-
des Arbeitsgesetzbuch - Forschungsgutachten
erstattet im Auftrag des Bundesministers für
Arbeit und Sozialordnung (Betriebliche Übung)
Marburg 1967 (bisher unveröffentlichtes
Manuskript)
- ders. "Die anstößige Illustrierte" - Fallbearbeitung
JuS 1968, 77 ff.
- Zachariä, H. A. Die Lehre vom Versuche der Verbrechen
Erster Theil - Göttingen 1836
- Zirkler in: Rechtslexikon für Juristen aller deutschen
Staaten enthaltend die gesamte Rechtswissen-
schaft redigiert von Julius Weiske
5. Band, Stichwort: Handlung, S. 105 ff.
(Rechtslexikon) Leipzig 1844

Einleitung

Sucht man in den heutigen strafrechtlichen Lehrbüchern und Kommentaren und auch in den höchstrichterlichen Urteilen Antwort auf die Frage, wann im Falle eines unechten Unterlassungsdelikts eine Erfolgsabwendungspflicht bestanden hat, so wird man u. a. die Antwort finden, eine Erfolgsabwendungspflicht bestehe für den, der durch sein vorangegangenes Tun die Gefahr des Eintritts schädlicher Erfolge herbeigeführt habe¹⁾. Sucht man nach einer Begründung für diese Behauptung, so wird man bestenfalls einige nichtssagende Floskeln, sonst aber nichts finden. Dieser Verzicht auf eine stichhaltige Begründung hat eine lange Tradition, die bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts zurückreicht.

Seinen Grund hat das Fehlen einer stichhaltigen Begründung darin, daß schon bald nach "Entdeckung" der sog. Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangenem Tun die Vorhandlung nicht zur Begründung der Rechtspflicht, sondern zur Begründung der Kausalität der Unterlassung diene. Dabei spielte das Rechtspflichtproblem nur eine untergeordnete Rolle und wurde entsprechend vernachlässigt. Als diejenigen Lehrmeinungen, die mit Hilfe der Vorhandlung die Kausalität der Unterlassung nachweisen wollten, gescheitert waren, wurden deren Erörterungen zur Vorhandlung von den jetzt wieder aufkommenden Rechtspflichttheorien übernommen. Dabei wurde nicht erkannt, daß die Vertreter der Kausalitätstheorien für das Entstehen einer Rechtspflicht auf Grund einer Vorhandlung keine Begründung gegeben hatten, eine solche von ihrem Ausgangspunkt aus allerdings auch nicht zu geben brauchten, da es nach diesen Lehren für die Feststellung der Kausalität vornehmlich auf die Vorhandlung, nicht aber auf eine durch die Vorhandlung bedingte Rechtspflicht ankam. Trotz des geänderten Ansatzes hielten auch die Vertreter der Rechtspflichttheorien eine eingehende Begründung - teilweise ausdrücklich - für überflüssig. Als dann zu Beginn des 20. Jahrhunderts die Behauptung aufgestellt wurde, die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun verdanke ihre Entstehung dem Gewohnheitsrecht, schien das erlösende Wort gefallen, das bereitwillig aufgenommen wurde.

1) vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. Rn. 119, mit zahlr. Nachw.

Diese Entwicklung kritisch darzustellen, ist Gegenstand dieser Arbeit. Um das Verständnis der Anfänge dieser Entwicklung zu erleichtern, ist es erforderlich, an Hand der Äußerungen einiger Schriftsteller des 18. Jahrhunderts den Stand der Lehre in dem Zeitpunkt zu umreißen, in dem die ersten Rechtspflichttheorien aufgestellt wurden.

Bei einer dogmenkritischen Abhandlung, die zugleich zur Lösung der Problematik beitragen soll, kann nicht auf die Zugrundelegung einer eigenen dogmatischen Auffassung und auf die Anwendung dieser entsprechender Begriffe verzichtet werden. Diese Auffassung in extenso darzulegen und zu begründen, ist nicht Gegenstand der Arbeit. Daher sind dieser einige kurze Hinweise und Definitionen der für das Verständnis der Kritik wichtigsten Grundbegriffe voranzuschicken.

Der Darstellung liegt die von Ernst Wolf vertretene realistisch-empirische Rechtslehre zugrunde, mit der z. B. jede idealistische oder psychologische Auffassung unvereinbar ist. Zu dieser realistisch-empirischen Auffassung gehört, daß Rechtserkenntnis nur durch Erfahrung und somit nur durch Beurteilung der Rechte als Erfahrungsgegenstände entsprechend des Gesetzen der Logik möglich ist.

Nach dem dieser Lehre entsprechenden Kausalitätsbegriff sind
Ursache die Bedingungen, die der Grund einer Wirkung sind,
Wirkung ein durch eine Ursache begründeter Erfolg,
Bedingung ein Seiendes, von dem ein Erfolg abhängt, und
Erfolg ein von einer Bedingung abhängiges Verhalten eines Seienden.

Eine Handlung ist nach dieser Lehre eine von einem Menschen auf Grund eines Entschlusses durch Wollen in sich selbst verursachte Änderung, Unterlassen ist das Nichtvornehmen einer Handlung entsprechend einem Entschluß, also das Nichtherbeiführen eines durch Handeln herbeiführbaren Erfolgs entsprechend einem Entschluß. Demgemäß ist Handeln nicht dasselbe wie Nichtunterlassen, Unterlassen nicht dasselbe wie Nichthandeln (trotz Möglichkeit des Handelns). Handeln und Nichthandeln als kontradiktorisches Gegenteil des Handelns und Unterlassen und Nichtunterlassen als kontradiktorisches Gegenteil des Unterlassens sind streng

voneinander zu unterscheiden. Dabei kann das Nichthandeln zufällig ein Unterlassen und das Nichtunterlassen zufällig ein Handeln, nicht aber das Handeln ein Unterlassen oder das Unterlassen ein Handeln sein. Ein Handeln kann also nicht in ein Unterlassen und ein Unterlassen nicht in ein Handeln "umgedeutet" oder umformuliert werden.

Erstes Kapitel:

Die Lehren zu den Unterlassungsdelikten vor Feuerbach

In der älteren Zeit fehlt eine Lehre von den Erfolgsabwendungspflichten noch ganz. Auch allgemeine, also für alle Delikte geltende Ausführungen zu Rechtspflichten gibt es zunächst noch nicht. Das liegt daran, daß eine Lehre von den Unterlassungsdelikten noch nicht existiert, Unterlassungsdelikte vielmehr nur vereinzelt und auf bestimmte Arten von Fällen beschränkt erwähnt werden. Die Problematik der Tatbestandsmäßigkeit und der Kausalität der Unterlassung waren noch nicht erkannt, eine Rechtspflichtlehre somit gar nicht erforderlich.

a) In der Carolina finden sich über die Strafbarkeit von Unterlassungen keine allgemeinen Vorschriften und auch keine Vorschriften, aus denen sich bei einzelnen Delikten eine allgemeine Gleichstellung der Unterlassung mit der Handlung ergibt. Immerhin lassen sich in der Carolina einzelne Gleichstellungsfälle nachweisen.

So heißt es in Art. 122 über die Verkupplung der Ehefrau durch den Ehemann und die Verkupplung der Kinder durch die Eltern, daß derjenige bestraft werden solle, der "ein Eheweib oder Kinder ... zu unehrlichen, unkeuschen und schändlichen Wercken gebrauchen läst", eine Formulierung, die es zuließ, durch Unterlassung begangene Kuppelei bei Ehegatten und Eltern zu bestrafen.

In Art. 123 werden bei der einfachen Kuppelei den Kupplern nicht nur diejenigen gleichgestellt, die ihr Haus zur Kuppelei zur Verfügung stellen ("dazu leyhen"), sondern auch diejenigen, die "solches in ihren Häusern zu beschehen gestatten". Es war also auf Grund eines besonderen Tatbestands (also auf Grund eines Gesetzes) strafbar, was später das Reichsgericht mit Hilfe der Konstruktion einer sich aus der Stellung als Hauseigentümer oder als Inhaber des Hausrechts ergebenden Rechtspflicht für

strafbar erklärte¹⁾.

Nach Art. 136 soll derjenige, der durch das Halten eines Tieres andere an Leib und Leben gefährdet, das Tier abschaffen. Unterläßt er es und richtet das Tier Schaden an, so soll er bestraft werden²⁾.

In Art. 180 ist demjenigen Gefängniswärter, der dem Gefangenen zur Flucht verhilft ("aushilft"), derjenige gleichgestellt, der die Flucht des Gefangenen durch "Unfleiß" ermöglicht.

Mit diesen wenigen Vorschriften sind die gesetzlich geregelten unechten Unterlassungsfälle schon erschöpft, und es nimmt nicht wunder, daß auch das damalige Schrifttum den Unterlassungsdelikten keine gesonderte Beachtung schenkt. Immerhin sind zu einzelnen Deliktgruppen - wenn auch bescheidene - Ansätze vorhanden, die bei den Unterlassungsdelikten auftretenden Probleme zu lösen.

b) Carpzow fordert für die ordentliche Strafe ein Handeln, das den Erfolg unmittelbar und notwendig bewirkt³⁾. Von diesem Ausgangspunkt aus hat er Bedenken gegen die grundsätzliche Gleichstellung von Handeln und Unterlassen, soweit es sich um vorsätzliche Delikte handelt⁴⁾. Bei fahrlässigen Delikten verfährt er wegen der geringeren Strafe großzügiger: Eine Magd, "so des Kindes halben gemiethet", wird "acht Tage lang mit leidlichem

1) vgl. z. B. RG Recht 1914, Nr. 289, RG GA 60, 445, RGSt. 77, 125(126), vgl. auch BGH NJW 1954, 847

2) vgl. heute OLG Bremen VRS 23, 41, NJW 1957, 73, vgl. ferner dazu die sich aus der Stellung als Kraftfahrzeughalter ergebende Rechtspflicht: BGH VRS 13, 470 (471) u. a.

3) vgl. Carpzow, Practica Nova, Pars prima, Quaestio X (de Infantium expositione, ejusque poena), n. 14

4) vgl. Carpzow, a. a. O., Quaestio X, n. 5 passim, n. 10 passim und n. 15 passim. Er unterscheidet: Wird das Kind ausgesetzt, damit es stirbt, so sagt er - wenn auch zurückhaltend -, daß die für Verwandtenmord vorgesehene Strafe gerechtfertigt ist. Geschieht die Aussetzung dagegen zur Abwälzung der Unterhaltspflicht, so hält er die Todesstrafe nicht für zulässig. - Nach Quaestio XI, n. 28 und 29, ist auch zwischen der Kindestötung und dem Unterlassen der Hilfeleistung durch die Mutter gegenüber dem Kind bei der Geburt ein Unterschied bei der Bestrafung zu machen.

Gefängnis billig in Strafe genommen", weil sie unterließ, dagegen einzuschreiten, daß der "trunckene" Vater das Kind zu sich ins Bett nahm und erdrückte⁵⁾. Ein Ehemann wird "auf 5 Jahr des Landes billig verwiesen", "weil er dem Weibe nicht untersagt, wie sie sich gegen dem Kinde bezeigen sollen, und gleichsam geschehen lassen, daß das Kind also verderbet worden, daß es endlich darüber des Todes seyn müssen"⁶⁾. Eine Frau ("in der scharffen Frage erhalten, daß sie ihr Kind vorsetzlich nicht ermordet und umgebracht") wird "mit Staupen-Schlägen des Landes ewig verwiesen", "deswegen, daß sie die Geburt verborgen gehalten, und niemand dazu fodern lassen, auch hernach das Kind heimlich ins Holtz getragen"⁷⁾.

Wenn auch in allen berichteten Fällen nicht von einer Rechtspflicht die Rede ist, so ist doch bemerkenswert, daß auch heute noch Rechtsprechung und Rechtslehre in den mitgeteilten Fällen zu einer Strafbarkeit der Unterlassungstäter gelangen würden, in allen Fällen also unter Zugrundelegung der heutigen Lehre eine Rechtspflicht zu bejahen wäre.

c) Kreß stellt die Frage nach der Gleichstellung von Handlung und Unterlassung schon allgemeiner und untersucht die Voraussetzungen einer solchen Gleichstellung. Er geht davon aus, daß der, "qui non impendit, aut non prohibet delictum", nicht strafbar sei. Diesen Satz begründet er mit seinem berühmten Ausspruch: "Ratio autem, quare non prohibens, vel non intercedens, regulariter non puniatur, reddi solet, quod in delictis poenae capitales potissimum inventae sint, ne homines sibi faciant male, non autem ut sibi invicem faciant bene, quod magis ad Ethicae quam iurisprudentiae scholam pertinet"⁸⁾. Kreß kommt nur dann zu einem anderen Ergebnis, wenn eine Pflicht zur Hinderung bestand⁹⁾. Als

5) Carpzow, a. a. O. Quaestio XV, n. 36

6) Carpzow, a. a. O. Quaestio XV, n. 37

7) Carpzow, a. a. O. Quaestio XV, n. 45

8) Kreß, Commentatio, Nota 6 ad Art. CLXXVII (pag. 575)

9) wie Anm. 8: "Praeterea peculiaris personarum status saepe aliud postulat ut prohibitio mali non indifferens, sed praecepti atque officii sit."

Beispiele dazu führt er an die Pflicht des Fürsten, den Raub in seinem Herrschaftsgebiet zu verhindern, die Pflicht des Vaters, Straftaten seiner Familie zu verhindern, ferner die Soldaten- und die Sklavenpflicht. Aber selbst bei Bestehen einer Pflicht soll der Unterlassende nicht ordentlich, sondern nur arbiträr bestraft werden.

Diese Ausführungen bei Kreß muten schon sehr modern an. Es bedarf heute zwar keiner Darlegung mehr, daß eine Unterlassung nur bestraft werden kann, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht, daß eine ethische Pflicht also nicht ausreicht. Jedoch ist beachtlich, daß Kreß das Pflichtproblem richtig erkannt hat, wenn er auch die Entstehungsgründe für die Rechtspflichten nicht nannte und sich auf die Aufzählung einzelner Fälle beschränkte¹⁰⁾. Ebenso modern ist der Gedanke, die Unterlassungsdelikte grundsätzlich milder als die Handlungsdelikte zu bestrafen¹¹⁾.

d) Bezüglich der Kindesaussetzung schließt Leyser sich Carpzow an, wenn er in erster Linie auf den Tötungsvorsatz abstellt und zwischen den Unterlassungstätern, die gegenüber dem ausgesetzten Kind unterhaltspflichtig sind, und den Nicht-Unterhaltspflichtigen unterscheidet¹²⁾. Nach seiner Darstellung ist nur der Unterhaltspflichtige wegen Kindesaussetzung zu bestrafen, während für den Nicht-Unterhaltspflichtigen nur Bestrafung wegen einfacher Tötung in Betracht kommt.

Eine allgemeine Regel findet sich bei Leyser unter dem Titel "de concursu superioris et inferioris in delicto": "Qui delictum prohibere potest, sed non prohibet, jure naturae simpliciter, jure civile non aliter, quam si prohibitio ad officium ejus pertinet, obligatur"¹³⁾, um daraus den Schluß zu ziehen: "Hac ratione maritus obdelicta uxoris punitur"¹⁴⁾.

10) vgl. weitere Fälle bei Kreß, Commentatio, ad Art. CLXXVII, § 2 (pag. 577), und ad Art. CXXXI, § I, n. 3

11) vgl. dazu die Ausführungen bei Hall, Fahrlässigkeit im Vorsatz, S. 30 f.

12) Leyser, Meditationes, vol. IX, spec. DCXIII, med. I - IV

13) Leyser, Meditationes, vol. VIII, spec. CXXXIV, med. IX

14) Leyser, Meditationes, vol. VIII, spec. CXXXIV, med. X

Dazu führt Leyser eine Entscheidung aus dem Jahre 1715 an: "... judicant: Daß Anna Maria Körnerin, weil sie die zu ihr gebrachte gestohlene Sachen wissentlich angenommen, und verheimlicht, auch falsche Münze eingewechselt und ausgegeben, mit Staupenschlägen, deren Ehemann aber, in Erwegung, daß er allen vorkommenden Umständen nach solche getriebene Partiererey wohl wissen und verhindern, auch angeben können und sollen, ohne Staupenschlägen, beyde nach abgestatteten gewöhnlichen Urfeden, des Landes auf ewig zu verweisen ..."

Auch hier sind die späteren Parallelen zur Rechtsprechung des Reichsgericht erstaunlich, insoweit als dort der Grundsatz entwickelt wurde, daß der Ehemann Straftaten der Ehefrau zu verhindern habe¹⁵⁾. Wenn schon nicht auf das Gesetz, auf Leyser hätte sich das Reichsgericht dabei berufen können.

"De incendiariis" nimmt Leyser zu Pflichten des Bürgers einer Stadt bei Feuersbrünsten Stellung¹⁶⁾. Er meint: "Qui in incendio auxilium non fert, punitur, si civis aut incola sit, non item si extraneus". Zur Begründung dieser These geht er von der allgemeinen Frage aus, ob die bei einem Brand Zuschauenden bestraft werden können. Den Zweifel, "quod auxilium ferre officium saltem humanitatis atque adeo imperfectum sit", räumt er bezüglich der Einwohner mit der Überlegung aus: "Verum in cive & incola, suppetias civitati incendio laboranti ferre, perfectum officium, seu, ut Beyerus ... loquitur, munus civium est, cujus intermissio poenam meretur. Extraneus vero, imperfecte saltem obligatus, injuriam talem impunem feret." Hierbei geht Leyser offensichtlich von demselben Gedanken aus wie Kreß, daß nämlich Hilfeleistung in solchen Fällen grundsätzlich nur eine ethische Pflicht sei, kein officium perfectum, heute würde man sagen, keine Erfolgsabwendungspflicht.

15) vgl. die Nachweise bei Schönke-Schröder, § 259 StGB Rn. 29, und Vor § 1 StGB Rn. 124 ff. und 133 ff., ferner Vor § 47 StGB Rn. 105 ff.

16) Leyser, Meditationes, vol. VIII, spec. DXLI, med. V

Leyser kennt auch Beleidigungen durch Unterlassen ("de injuriis, quae non faciendo fiunt")¹⁷⁾. Ein Beispiel unter anderen dazu: "... er hatte ihm den Klingebeutel nicht vorgehalten, injuriam reum esse dixerunt".

Ein weiterer Unterlassungsfall findet sich im Abschnitt über die Kindes-tötung¹⁸⁾. Nach der Feststellung "Infantes recens nati plerumque omitten-do necantur" führt Leyser aus: "Alldieweil aber ein jeder vernünftige Mensch wissen muß und kann, daß ein zartes Kind ohne allen Beystand gelassen ..., nothwendig umkommen ... muß, folglich zu einem vor-setzlichen Kinder-Morde eben nicht nöthig ist, daß eine Kindermörderin äuserliche Gewalt brauche, sondern der animus occidendi auch ex non factis z. E. der Entziehung von Nahrung, erhellet, So finden wir nicht das geringste, welches der Inquisitin zur Linderung der ordentlichen Strafe gereichen möchte. Diesemnach wird sie (- nach Art. 131 CCC -) zum abscheulichen Beyspiele billig erträncket."

e) Böhmer trennt bereits Handlungs- und Unterlassungsdelikte nach der bei beiden verschiedenen Kausalität. Diese Unterscheidung entwickelt Böhmer für die Teilnahme am Verbrechen: "Ut itaque de concursu ad crimen alterius eo accuratius constet, tenendum, causam delicti esse vel physicam, vel moralem."¹⁹⁾ Die erstere sieht er in der (physischen) Handlung eines Menschen, während die Unterlassung nie "causa physica" sein könne, weil die Unterlassung den Erfolg "numquam immediate sed semper mediate" hervorbringe: Die Mutter, die nach der Geburt nicht die Nabelschnur druchtrenne, sei "causa moralis", nicht aber "causa phy-sica" der Kindestötung. Wenn dieses Beiapiel auch nichts mit der Teil-nahme an einem Verbrechen zu tun hat, so ergibt sich daraus doch, daß Böhmer die Unterlassungen, sofern sie nur "moralisch ursächlich" sind, für strafbar hält. An diese Ursächlichkeit stellt er jedoch Anforderungen. So macht er zwischen einer Tötung durch Handlung und einer Tötung durch Unterlassung nur dann keinen Unterschied, wenn die Unterlassung die

17) Leyser, Meditationes, vol. VIII, spec. DXLI, med. II

18) Leyser, Meditationes, vol. IX, spec. DCXI, med. XXIX et XXXV

19) Böhmer, Meditationes, Art. CLXXVII, § II

"caussa proxima mortis" ist²⁰⁾. Noch deutlicher macht Böhmer seine Ansicht bei der Kindestötung: "Committendo, an omittendo consummatum fuerit, nil refert, dummodo factum vel omissio caussa proxima et immediata caedis fuerit."²¹⁾ Auf das Bestehen von Rechtspflichten kommt es dabei nicht an. Bei vorhandener Ursächlichkeit sind Handlungen und Unterlassungen hinsichtlich der Straffolgen gleichgestellt.²²⁾

f) Einen Höhepunkt in der Erörterung der Unterlassungsdelikte im 18. Jahrhundert bilden die Ausführungen von Westphal. Er widmet dem Problem - gleichsam im "Allgemeinen Teil" seines Lehrbuchs - eine besondere Anmerkung²³⁾. Dort heißt es, daß Verbrechen nicht nur committendo, sondern auch omittendo begangen werden können. Beide Fälle seien strafbar, "wenn dadurch obhandene Pflichten verletzt werden"²⁴⁾. Westphal geht also davon aus, daß jedes Verbrechen - gleichgültig, ob durch Handlung oder durch Unterlassung begangen - eine Pflichtverletzung ist. Dabei bedarf die Pflichtverletzung im Falle eines Handlungsdelikts keiner besonderen Begründung, während bei den Unterlassungsdelikten eine besondere Pflicht, "nicht müßig zu seyn"²⁵⁾, zu fordern ist. Ohne diese besondere Pflicht, "die der Strafbare auf sich hatte, das, was erfolgt ist, abzuwenden", ist die Unterlassung kein Verbrechen²⁶⁾. Beachtlich hieran ist nicht nur, daß Westphal allgemein für die Strafbarkeit jeder Unterlassung eine besondere Pflicht voraussetzt²⁷⁾, sondern darüber hinaus fordert, daß diese Pflicht einen ganz bestimmten Inhalt hatte, nämlich den, das, was geschehen ist, zu verhindern. Dieser Gedanke wird später von

20) Böhmer, Meditationes, Art. CXXXVII, § 1 a. E.: "Nam omissio non minus eventum noxium producit, quam commissio, et sic utrobique caussa proxima mortis est."

Dazu trägt schon Heil (Judex et Defensor, Caput VI, S. 503) einen Fall aus der Praxis bei. Darin ist das Gericht zu dem Schluß gekommen, daß es "einerley sey, ob Inquisitin das Kind vorsetzlich umkommen und sterben lassen, oder es selbst ermordet, und Hand daran geleet".

21) Böhmer, Meditationes, Art. CXXXI, § XIII

22) vgl. auch die Nachweise bei Hall, Fahrlässigkeit im Vorsatz, S. 32

23) Westphal, Criminalrecht, 7. Anmerkung (S. 12 f.)

24) Westphal, Criminalrecht, 7. Anmerkung, (§ 1 (S. 13))

25) Westphal, Criminalrecht, 7. Anmerkung, S. 12

Spangenberg ausführlicher dargelegt²⁸⁾. Wie die meisten seiner Vorgänger will auch Westphal die Unterlassungsdelikte generell milder bestrafen²⁹⁾. Das ist u. a. darauf zurückzuführen, daß in dieser Zeit eine Unterscheidung zwischen echter und unechter Unterlassung nicht bekannt war³⁰⁾ und die ordentliche Strafe in den Fällen der echten Unterlassung im Verhältnis zum Delikt nicht als angemessen erschien. Dafür spricht auch, daß man bei Kapitalverbrechen u. U. die ordentliche Strafe für angebracht hielt³¹⁾. Daher nimmt es nicht wunder, daß auch Westphal seine Ansicht für den Fall der Kindestötung durch Unterlassen einschränkt. Eltern, "welche ihre Kinder durch Entziehung der Verpflegung umkommen lassen", begehen nach ihm einen "förmlichen Mord"³²⁾. Selbst derjenige Verwandte, der die "Abwendung eines bösen Anschlags, so ein anderer auf das Leben der verwandten Person hat", unterläßt, soll nach Westphal wenigstens willkürlich bestraft werden. Die volle Strafe für Verwandtenmord ist also nicht ausgeschlossen³³⁾.

Faßt man die im 18. Jahrhundert zu der Problematik der Unterlassungsdelikte vertretenen Ansichten zusammen, so ergibt sich folgendes:

26) Westphal, Criminalrecht, 7. Anmerkung, § 2 (S. 13)

27) Rudolphi, S. 5, irrt also, wenn er behauptet, Feuerbach sei der erste gewesen, der den Versuch unternommen habe, generelle Regeln über die Bestrafung der Unterlassungsdelikte aufzustellen.

28) vgl. unten S. 20 ff.

29) Westphal, Criminalrecht, 7. Anmerkung, § 3 (S. 13): "Wenn sie (sc. die Omission) aber auch bestraft wird, so beurteilt man sie dennoch immer gelinder, als Commiſſionen unter eben den Umständen. Man rechnet viel auf Unthätigkeit, weis nicht gewiß, ob bey dem Nachläßigen ein wirklich böser Vorsatz war, usw."

30) Schaffstein, S. 56 ff.

31) vgl. z. B. die Ausführungen zu Anm. 18 (oben S. 9)

32) Westphal, Criminalrecht, 95. Anmerkung, § 9 (S. 431)

33) Westphal, Criminalrecht, 95. Anmerkung, § 9 (S. 430)

Alle Schriftsteller sind sich im Ergebnis darüber einig, daß das Unterlassen dem Handeln gleichzustellen ist. Die Voraussetzungen dieser Gleichstellung und die daran geknüpften Folgen sind jedoch unterschiedlich. Während Carpzow für die Gleichstellung keine besonderen Voraussetzungen fordert, bei vorsätzlichen Delikten allerdings eine grundsätzliche Strafmilderung annimmt und Böhmer Handlung und Unterlassung gleichbehandelt wissen will, wenn die Unterlassung (wie sonst auch die Handlung) nur proxima et immediata causa ist, sind sich die übrigen Schriftsteller darüber einig, daß die Gleichstellung nur möglich ist, wenn für den Unterlassenden eine Rechtspflicht zum Handeln bestand. Diese Rechtspflicht wird inhaltlich unterschiedlich bestimmt. Kreß begnügt sich noch mit der Bezeichnung *praeceptum* oder *officium* und illustriert deren Inhalt an Beispielen (etwa die Pflicht des Vaters, Straftaten der Familienmitglieder zu verhindern). Leyser sagt schon allgemeiner, die Pflicht müsse die Hinderung von Delikten zum Inhalt haben, wobei er mit dem Hinweis auf Naturrecht und Zivilrecht als erster einen möglichen Entstehungsgrund für eine Hinderungspflicht andeutet. Wenn Westphal diesen Gedanken auch nicht aufnimmt, so präzisiert er doch den Inhalt der Rechtspflicht dahin, daß der Unterlassungstäter verpflichtet gewesen sein muß, das, was erfolgt ist, also den Erfolg (nicht - wie noch unscharf bei Leyser - das Delikt) zu verhindern. Er fordert also eine Erfolgsabwendungspflicht.

Alle Schriftsteller versäumen es, die Entstehungsgründe für die von ihnen geforderten Rechtspflichten anzugeben. Statt sich dieser Aufgabe zu unterziehen, begnügen sie sich mit der Aufzählung von Beispielen. Wenn man diese Beispiele unter Zugrundelegung der heutigen Lehre analysiert und generalisiert, so läßt sich nachweisen, daß alle heute bekannten Fallarten mit einer Ausnahme bekannt waren. Die heutigen Rechtspflichten aus Gesetz waren damals die Pflichten des Unterhaltspflichtigen gegenüber dem Unterhaltsberechtigten, des Vaters oder der Mutter gegenüber dem Kind. Die Pflichten aus Vertrag waren ebenfalls bekannt (vgl.: "die Magd, so des Kindes halben gemiethet"), wie auch die Pflichten auf Grund einer besonderen Stellung (als Fürst, als Sklave), die Amtspflichten (die Pflichten des Soldaten), die Pflichten aus der ehelichen Gemeinschaft (die Pflicht

des Ehemannes, Straftaten der Ehefrau zu verhindern) und schließlich die Pflichten aus der sozialen Gemeinschaft (Pflichten des Bürgers). Nur die sog. Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun war gänzlich unbekannt und sollte es auch noch längere Zeit bleiben.

Unbekannt war im 18. Jahrhundert auch noch die Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten. Das hatte verschiedene Folgen. Abgesehen davon, daß Bedenken bestanden, die Unterlassung mit der ordentlichen Strafe zu belegen, wurde wegen der fehlenden Unterscheidung das Problem der Kausalität der Unterlassung und damit ihrer Tatbestandsmäßigkeit verdeckt, weil nämlich bei der echten Unterlassung die Kausalität keine Rolle spielte und man deshalb wohl annahm, daß das für alle Unterlassungsfälle gelte. Infolgedessen wurde auch das Problem der Rechtswidrigkeit nicht genau erkannt und untersucht. Die Rechtspflichttheorie war nicht zuletzt auch deswegen nur ungenügend entwickelt, weil das Fehlen einer Unterscheidung in echte und unechte Unterlassungsdelikte sich hier auch direkt, also nicht nur über den Umweg des Kausalitätsproblems insofern auswirkte, als eine solche Theorie bei den unechten Unterlassungsdelikten nicht für notwendig gehalten wurde, da sie bei den echten Unterlassungsdelikten nicht notwendig war.

Die im 18. Jahrhundert zur Problematik der Unterlassungsdelikte entwickelten Lehren finden in den um 1800 erscheinenden Schriften kaum einen Niederschlag. So stellt z. B. Klein mehrfach Handlung und Unterlassung gleich^{34) 35)} und fordert für beide eine Pflichtwidrigkeit³⁶⁾. v. Grolmann begnügt sich damit zu erwähnen, daß es Begehungs- und Unterlassungsverbrechen gibt, ohne auf die Besonderheiten der Unterlassungsverbrechen

34) Klein, Grundsätze (1796), § 2: Unerlaubte Handlungen im engeren Sinne sind diejenigen Handlungen oder Unterlassungen, wodurch das Recht eines Andern verletzt wird. § 66: Die Verbrechen könne sowohl in Unterlassungen ... als in positiven Handlungen bestehen. Vgl. ferner § 138 und § 346

35) Vgl. die entsprechende Gleichstellung bei Püttmann, Elementa (1802), § 24 und § 31

36) Klein, Grundsätze, § 282

einzuweichen³⁷⁾. Steltzer meint sogar, die Unterscheidung zwischen Omissiv- und Commissivdelikten sei "eine Eintheilung die wenigen Nutzen gewährt"³⁸⁾.

37) v. Grolmann, Grundsätze, § 29 (2. Aufl. 1805 - noch in der 3. Aufl. 1818)

Selbst im Jahre 1827 hält Jarcke es nicht für nötig, die Besonderheiten bei den Unterlassungsdelikten zu erwähnen. Er begnügt sich mit dem Hinweis, daß v. Grolmann, Martin und Feuerbach Begehungs- und Unterlassungsdelikte unterscheiden, und meint, die wissenschaftliche Wichtigkeit dieser Unterscheidung sei weit geringer als früher angenommen, Handbuch I, § 19 (S. 122).

38) Steltzer, Lehrbuch, § 82 (S. 40)

Zweites Kapitel:

Die älteren Rechtspflichttheorien

a) Feuerbach

Diesen Stand der Diskussion findet Feuerbach vor, als er sich in seinem Lehrbuch mit den Unterlassungsdelikten befaßte. Er wird sich als erster des Mangels der bisherigen Lehren bewußt, die es versäumen, den Entstehungsgrund der Erfolgsabwendungspflicht zu bestimmen. Er nennt als mögliche Entstehungsgründe für eine solche Pflicht Gesetz und Vertrag. Sein Ausgangspunkt ist dabei die Überlegung, daß der Staat zur Verhinderung von Rechtsverletzungen Zwangspflichten aufstellen muß und daß die Verletzung dieser Zwangspflichten notwendig eine Strafe zur Folge haben muß¹⁾. "Rechtsgrund der Strafe ist ein Grund, von welchem die rechtliche Möglichkeit der Strafe abhängt."²⁾ Dabei ist der Rechtsgrund der Androhung der Strafe "das Zusammenbestehen derselben mit der rechtlichen Freiheit des Bedrohten, sowie die Nothwendigkeit, die Rechte Aller zu sichern", während Rechtsgrund der Zufügung der Strafe "die vorhergegangene Drohung des Gesetzes ist". Die "Zwangspflichten" des Staates haben regelmäßig eine Unterlassung zum Inhalt. Eine solche Pflicht kann nur durch ein Handeln, nicht aber durch ein Unterlassen verletzt werden. Daher führt Feuerbach zum Problem der Unterlassungsdelikte aus³⁾: "Sofern eine Person ein Recht auf wirkliche aeußerung unserer Thätigkeit hat, insofern gibt es Unterlassungsverbrechen." Er erkennt, daß dieses Recht nicht mit der staatlich aufgestellten Zwangspflicht identisch ist, und fährt deshalb fort: "Weil aber die ursprüngliche Verbindlichkeit des Bürgers nur auf Unterlassungen geht"⁴⁾, so setzt ein Unterlassungsverbrechen immer einen besonderen Rechtsgrund (Gesetz oder Vertrag) voraus, durch welchen die Verbindlichkeit zur Begehung

1) Feuerbach, Lehrbuch, 2. - 14. Aufl., § 8 ff.

2) Feuerbach, Lehrbuch, § 17

3) Feuerbach, Lehrbuch, § 24

4) Das war in der gemeinen Strafrechtswissenschaft die h.M. Vgl. dazu Hepp, Archiv des Criminalrechts N.F., 1837, S. 1 ff. m.w.Nachw.

begründet wird. Ohne diesen wird man durch Unterlassen kein Verbrecher." Obwohl also eine staatliche Zwangspflicht zum Handeln, deren Verletzung Strafe zur Folge hat, nicht aufgestellt ist, der Rechtsgrund der Strafe i. S. Feuerbachs also entfällt, ermöglicht Feuerbach die Bestrafung der Unterlassungsdelikte durch die nicht näher begründete Aufstellung eines besonderen Rechtsgrundes ohne Strafandrohung, der ein Handeln zum Inhalt hat und dessen Verletzung ebenfalls Straffolgen haben soll, sofern nur ein tatbestandsmäßig umschriebener Erfolg eingetreten ist. Diese Bruchstelle in der Feuerbachschen Lehre erklärt sich aus dem von Feuerbach gewählten Ansatz. Das näher darzulegen, geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus. Hier genügt die Feststellung, daß Feuerbach mit Gesetz und Vertrag zwei mögliche Entstehungsgründe für eine Erfolgsabwendungspflicht genannt hat⁵⁾. Wie in den Schriften seiner Vorgänger üblich erwähnt auch Feuerbach die Unterlassungsdelikte noch mehrfach bei einzelnen Verbrechen⁶⁾, ohne dort seine allgemeinen Ausführungen abzuändern oder zu ergänzen.

Nach der Lehre Feuerbachs gibt es also Handlungs- und Unterlassungsdelikte. Der Rechtsgrund der Strafe ist bei den Handlungsdelikten die unter Strafe gestellte Verletzung einer staatlichen Zwangspflicht, die eine Unterlassung zum Inhalt hat, bei den Unterlassungsdelikten die sich aus Gesetz oder Vertrag als Entstehungsgründe ergebende Ver-

5) In § 49 seines Lehrbuchs kommt Feuerbach noch einmal auf diese Entstehungsgründe zurück, erwähnt dort neben dem Gesetz die übernommene Amtsverbindlichkeit, die er jedoch - wie seine Verweisung auf § 24 zeigt - als Spezialfall der Vertragspflicht aufgefaßt wissen will. Deshalb ist es verfehlt, wenn Rudolphi, S. 5, behauptet, Feuerbach habe neben Gesetz und Vertrag "ferner" die übernommene Amtsverbindlichkeit als Entstehungsgrund einer Rechtspflicht angenommen, und damit den Eindruck erweckt, Feuerbach habe drei Arten von Entstehungsgründen unterschieden.

6) z. B. § 210 (bei der Tötung), § 275 (bei der Ehrverletzung), § 472 (bei der Kuppelei, hier verlangt Feuerbach die Verbindlichkeit, "über die Tugend des Anderen zu wachen" - als Beispiel erwähnt er die Pflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern).

bindlichkeit, die ein Handeln zum Inhalt hat. Damit hat Feuerbach eine Lücke in der bisherigen Lehre, die die Entstehungsgründe der Erfolgsabwendungspflicht nicht erörterte, geschlossen.⁷⁾

Das Kausalitätsproblem bei der Unterlassung hat Feuerbach nicht klar erkannt. Er geht infolgedessen einfach von der Kausalität der Unterlassung aus, indem er z. B. sagt, daß "Verbrechen der Tötung" könne "sowohl durch positive, als auch durch negative Handlungen begangen werden". Tötung durch negative Handlung setze aber "die Verbindlichkeit zu einer positiven Handlung voraus, deren Unterlassung Ursache des Todes des Anderen geworden ist"⁸⁾. Entsprechend sieht Feuerbach an anderer Stelle⁹⁾ den Tatbestand der Tötung als erfüllt an, wenn der Tod "aus einer Handlung oder Unterlassung notwendig entsprungen ist", m. a. W. Handlung oder Unterlassung Ursache des Todes ist. Daß Feuerbach das Kausalitätsproblem übersieht, liegt - wie schon bei den älteren Schriftstellern dargelegt - daran, daß Feuerbach den Unterschied zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten nicht kennt¹⁰⁾.

b) Die frühere Ansicht von Stübel

Der Ansicht von Feuerbach, der die Strafbarkeit der Unterlassungsdelikte vom Bestehen spezieller Pflichten abhängig machte, steht die Ansicht von Stübel gegenüber, der dafür eine allgemeine Pflicht zur Verhinderung von Verbrechen genügen läßt.

7) Ansätze dazu allerdings schon bei Stübel, System II, § 396 (S. 130 f.)

8) Feuerbach, Lehrbuch, § 211. Ebenso wird bei der Ehrverletzung und der Kuppelei die Ursächlichkeit der Unterlassung nicht gesondert untersucht (vgl. § 275 und § 472).

9) Feuerbach, Kritik, S. 76

10) Bei der Erörterung der Beihilfe (§ 49 des Lehrbuchs) fordert Feuerbach für die Strafbarkeit der unterlassenen Verbrechensanzeige (eines echten Unterlassungsdelikts) ebenso wie bei den sonstigen Unterlassungsdelikten eine Rechtspflicht zur Anzeige oder Hinderung aus Gesetz oder übernommener Amtsverbindlichkeit, macht also keinen Unterschied zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten.

Bei der Erörterung der Teilnahme nimmt Stübel an, daß auch derjenige, der etwas unterläßt, das die Verübung eines Verbrechens durch einen anderen verhindern könnte, Miturheber des Verbrechens sei. "Denn wer das physische Vermögen hat, den Andern von einem Verbrechen abzuhalten, und solches zu thun unterläßt, in demselben liegt offenbar zugleich mit die Ursache der Existenz diese Verbrechens, und es paßt also auf ihn vollkommen der Begriff eines Urhebers."¹¹⁾ Diese Ursächlichkeit läßt Stübel jedoch nicht für die Strafbarkeit der Unterlassungsdelikte genügen. Dazu sei erforderlich, daß die Unterlassung "pflichtwidrig und unerlaubt" sei¹²⁾. Nun gebe es außerhalb der bürgerlichen Gesellschaft nur unvollkommene Pflichten zur Verteidigung anderer; somit lasse sich aus dem Naturrecht eine für die Strafbarkeit der Unterlassung zu fordernde Pflicht (nämlich eine vollkommene Pflicht) nicht ableiten¹³⁾. Etwas anderes ergebe sich nach dem allgemeinen Staatsrecht. "Nach demselben zweckt der Staat hauptsächlich auf Sicherheit aller Zwangsrechte ... Gleichwie ... jedes Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft, vermöge des bey dem Begriffe des Staats zum Grunde gelegten Vereinigungsvertrags, die vollkommene Verbindlichkeit hat, den allgemeinen Zweck zu befördern, so ist auch jeder Einzelne in derselben vollkommen verbunden, alles zur Sicherheit aller Zwangsrechte beyzutragen, was in seinen Kräften stehet."¹⁴⁾ Daraus folgert Stübel, daß die außerhalb der bürgerlichen Gesellschaft nur als unvollkommen bestehende Pflicht "durch den Vereinigungsvertrag und die Begründung

11) Stübel, Thatbestand, § 43 (S. 55), insbes. § 50 (S. 61 f.), ferner § 164 (S. 225) und § 79 (S. 95). Durch die gründliche Erörterung der Unterlassungskausalität (vgl. insbes. §§ 79 (S. 94 f.), 87 (S. 107 ff.) und 156 (S. 215 f.)) hat Stübel die Lehre von den Unterlassungsdelikten sehr gefördert, weil er damit zum ersten Mal auf die Problematik eindringlich aufmerksam machte.

12) Stübel, Thatbestand, § 44 (S. 55)

13) Hieraus folgert Stübel, System II, § 396 (S. 131), entgegen der Meinung "einiger Criminalisten", daß eine "Verbindlichkeit im Allgemeinen" für die Bestrafung wegen Teilnahme durch Unterlassen nicht genüge. Vgl. jedoch auch Stübel, System I, §§ 8 - 11 (S. 7 ff.)

14) Stübel, Thatbestand, §§ 45 ff. (S. 56 ff.)

des Staats zu einer vollkommenen erhoben worden" sei mit dem Inhalt, "die Verbrechen Anderer ohne Ausnahme zu verhindern"¹⁵⁾.

Damit nimmt Stübel eine allgemeiner Hinderungs-, Hilfs und Beistandspflicht an¹⁶⁾, die bisher nur für Kapitalverbrechen bejaht wurde¹⁷⁾. Stübel hält diese Ansicht in der Literatur für verfehlt: "Was von den großen Verbrechen gilt, muß auch von den kleinern gelten."¹⁸⁾

Durch die Annahme dieser allgemeinen Pflicht¹⁹⁾, die nicht zuletzt durch die fehlende Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten bedingt ist, erübrigt es sich für Stübel, auf Sonderfälle der Erfolgsabwendungspflicht einzugehen, während Feuerbach gerade diese Sonderfälle erörtern mußte. Dessen Ansatz war nämlich, daß es Unterlassungsdelikte nur insoweit gebe, als eine Person "ein Recht auf wirkliche Aeussierung unserer Thätigkeit" hat. Dieser Meinungsunterschied zeigt die unterschiedliche Einstellung von Stübel und Feuerbach zum Staat. Während Stübel den einzelnen im Ergebnis mit Pflichten des Staates belastet, indem er dem einzelnen die Erfüllung staatlicher Pflichten zur Verbrechensverhinderung auferlegt, ist die Einstellung Feuerbachs insofern liberal, als er davon ausgeht, daß der einzelne grundsätzlich solche Pflichten nicht hat.

Sowohl die Lehren Feuerbachs als auch die Lehren Stübels finden Anhänger. So schließen sich z. B. Henke und Martin den Lehren Feuerbachs, Borst den Lehren von Stübel an.

15) Stübel, Thatbestand, § 45 (S. 57). Anders noch Stübel, System II, § 396 (S. 130 f.), wo er als Entstehungsgrund der Pflicht "ausdrückliche Gesezze" oder "gewisse Verhältnisse" fordert.

16) So auch Oersted, S. 203: "Es liegt ... nach dem Geiste des bürgerlichen Vereins (gemeint: des Staates) jedem Privatmann ob, die sich ihm darbietende Gelegenheit, durch Warnung der gefährdeten Person, durch Anzeige bei der Obrigkeit oder durch andere Mittel Verbrechen abzuwehren, zu benutzen."

17) vgl. z. B. Böhmer, Meditationes, Art. CLXXVII, § VII

18) Stübel, Thatbestand, § 46 (S. 57)

19) Eine solche Pflicht wird von Hepp, Archiv des Criminalrechts N. F., (1837), 32 f. und 39, mit überzeugender Begründung energisch in Abrede gestellt.

c) Spangenberg

Zunächst jedoch setzt sich Spangenberg mit der Lehre von Feuerbach, seinem Lehrer, ausführlich auseinander und beeinflusst die übrigen Anhänger Feuerbachs nachhaltig. Wenn den Lehren Spangenbergs im folgenden ein breiterer Raum gewidmet wird, obwohl er die sog. Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun nicht gekannt hat, so hat das seinen Grund darin, daß in diesen Lehren ausgezeichnete, heute leider wieder in Vergessenheit geratene Ansätze enthalten sind, die geeignet sind, die Lösung des Rechtspflichtproblems bei den unechten Unterlassungsdelikten entscheidend zu fördern.

Spangenberg geht wie Feuerbach davon aus, daß es, da die Verpflichtung des Staatsbürgers darauf gerichtet sei, verletzende und gefährdende Handlungen zu unterlassen, eigentlich nicht zur "Sphäre" des Strafrechts gehöre, Handlungen zu gebieten. Eine Ausnahme könne nur durch einen besonderen Rechtsgrund gerechtfertigt werden, mit dem allein die Strafbarkeit der Unterlassung begründet werden könne²⁰⁾. Für die Strafbarkeit der Unterlassung sei deshalb neben allgemeinen Voraussetzungen dreierlei notwendig:

I. Das Daseyn einer durch einen besonderen Rechtsgrund begründeten Verpflichtung zum Handeln.

II. Die Verletzung dieser Verpflichtung, durch Unterlassung dieser Handlung.

III. Die Entstehung eines Schadens durch die Unterlassung, für denjenigen, der die Erfüllung jener Verpflichtung, mithin die Begehung der Handlung zu verlangen, rechtlich befugt war.²¹⁾

Diese drei besonderen Voraussetzungen werden von Spangenberg im einzelnen analysiert.

Zunächst (zu I) wendet er sich dem Entstehungsgrund der Rechtspflicht zu. Die Ansicht von Feuerbach hält er für zu eng. Dessen Annahme, ein möglicher Entstehungsgrund sei das Gesetz, bedürfe insoweit einer einschränkenden Ergänzung, als nur ein "specielles positives Gesetz" als

20) Spangenberg, S. 528

21) Spangenberg, S. 529

Entstehungsgrund in Frage komme. Dann aber seien Fälle strafwürdiger Unterlassungen denkbar, deren Nichtbestrafung "allen Forderungen der Gerechtigkeit Hohn" spreche²²⁾. Kein Gesetz (sc. kein spezielles positives Gesetz) verpflichte z. B. die Großmutter, "ihrer hilflos gebährenden Tochter beizuspringen, um das Leben derselben, oder ihres gebohrenwerdenden Enkels, zu retten." Aus diesem Grunde glaubt Spangenberg drei Entstehungsgründe, nämlich spezielles positives Gesetz, besonderes rechtliches Verhältnis und Vertrag annehmen zu müssen²³⁾.

Als Rechtspflichten aus speziellem positiven Gesetz sieht er an die Pflicht zur Verhinderung des Hochverrats, des Landfriedensbruchs, des Menschenraubs, der Desertion (in der Regel durch Anzeige), die Pflicht zur Anzeige geplanter Gewaltverbrechen, die Pflicht zur Hilfeleistung bei Gefahr²⁴⁾.

Rechtspflichten auf Grund besonderer rechtlicher Verhältnisse sind dagegen solche, die sich daraus ergeben, daß "die Gesetze²⁵⁾ zwischen einigen Personen ein besonders inniges Band anknüpfen, vermöge welchem dieselben einander ganz vorzüglich zugethan seyn müssen, und sich gegenseitig zu dem möglichsten Schutz und Beihülfe verpflichtet sind. Die hieraus entspringenden rechtlichen Verhältnisse dieser Personen gegen einander sind unmittelbare Folgen desselben, und ihre allgemeine Quelle ist das Gesetz²⁵⁾, welches dieses Band knüpfte, ob es gleich die einzelnen möglichen Folgen nicht ausdrücklich bestimmte oder doch nur in den wenigsten Fällen bestimmt hat."²⁶⁾ Als solche rechtliche Verhältnisse sieht er an "die Ehe, das Verhältniß zwischen Ascendenten und Descendenten, das Vormundschaftsverhältniß im Römischen Sinne dieses Worts, das Verhältniß des Slaven zu seinem Herrn nach Römischem Rechte, das Verhältniß des Soldaten zu seinem Chef, gleich-

22) Spangenberg, S. 530 f.

23) Spangenberg, S. 532

Entsprechend dieser Einteilung nennt Weigand, S. 61, als die drei möglichen Rechtsgründe Gesetz, verwandtschaftliches Verhältnis und Vertragsverhältnis.

24) Spangenberg, S. 532 ff.

25) Hervorhebung vom Verfasser

26) Spangenberg, S. 539

falls nach Römischen Rechte; und das Verhältniß des Unterthan gegen seinen Landesherren in den Staaten, welche nach patriarchalischen, oder wenigstens patriarchalisch-monarchischen, oder feudalmönarchischen Principien sich gebildet und diese Regierungsform behalten haben.“²⁷⁾

Bei den Rechtspflichten aus Vertrag endlich ergeben sich für Spangenberg keine besonderen Schwierigkeiten. Er zählt hierher insbesondere die Pflichten aus dem Dienstvertrag (Hebammen, Nachtwächter, Ärzte, Krankenwärter usw.), einschließlich der Dienstverträge der Staatsdiener²⁸⁾, und aus den Lehnverträgen (Verteidigungspflichten)²⁹⁾.

Diese Aufzählung der verschiedenen Pflichten ist in mehrfacher Hinsicht sehr aufschlußreich.

Sie zeigt u. a., daß zwischen der Ansicht von Feuerbach und der von Spangenberg der Sache nach kein Unterschied besteht³⁰⁾. Beiden ist der Unterschied zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten nicht bekannt. Während Feuerbach sowohl die sich auf Grund der gesetzlichen Fixierung ergebenden Pflichten bei den echten Unterlassungsdelikten, die nach heutiger Ansicht nicht geeignet sind, die Strafbarkeit wegen Herbeiführung eines Erfolgs zu begründen, und die sonstigen gesetzlichen Pflichten, die nach heutiger Lehre wirkliche Erfolgsabwendungspflichten sind, unter den Begriff der Rechtspflichten aus Gesetz zusammenfaßt, glaubt Spangenberg hier eine Trennung vornehmen zu müssen. Nach ihm sind nur die Pflichten bei den heute so genannten echten Unterlassungsdelikten gesetzliche Pflichten, die übrigen dagegen sind Pflichten aus gesetzlich begründeten Rechtsverhältnissen. Daß er mit Rechtspflicht aus speziellen positiven Gesetzen nur die bei echten Unterlassungsdelikten bestehende Rechtspflicht

27) Spangenberg, S. 539 f.

28) vgl. bei Feuerbach die Pflichten aus übernommener Amtsverbindlichkeit

29) Spangenberg, S. 543

30) Feuerbach sah sich daher auch nicht veranlaßt, auf Grund der von Spangenberg gegebenen Einteilung seine Ansicht in den späteren Auflagen seines Lehrbuchs zu modifizieren.

meint, ergibt sich auch aus seiner Äußerung, es sei eine "Folge des immermehr überhandnehmenden Allesregierenwollens, und des Einflusses einer allzuthätigen Polizei", wenn die Zahl der diesbezüglichen Strafbestimmungen immer größer werde.^{31) 32)} Nur auf Grund dieser engen Auffassung von der Rechtspflicht aus "speciellen Gesetzen" war Spangenberg dazu gezwungen, daneben die "besonderen rechtlichen Verhältnisse" als Entstehungsgründe anzuerkennen. Spangenberg stellt somit nur scheinbar einen dritten Entstehungsgrund neben Gesetz und Vertrag auf, der nur deshalb erforderlich wurde, weil er den Entstehungsgrund Gesetz im Gegensatz zu Feuerbach auf die Entstehung der bei echten Unterlassungsdelikten bestehenden Rechtspflichten beschränkte. Der Sache nach unterscheidet er sich von Feuerbach nicht. Er behandelt lediglich die Rechtspflichten bei echten Unterlassungsdelikten gesondert unter dem Stichwort "Rechtspflichten aus speciellen positiven Gesetzen", während er unter "Rechtspflichten aus besonderen rechtlichen Verhältnissen" die gesetzlichen Rechtspflichten bei unechten Unterlassungsdelikten erörtert³³⁾. Mit dieser Trennung nimmt Spangenberg der Sache nach die Unterscheidung in echte und unechte Unterlassungsdelikte vor, ohne sie als solche zu erkennen, und bereitet damit die später von Luden ausdrücklich vorgenommene Einteilung vor.

Weiterhin ist die Auseinandersetzung Spangenberg mit dem Inhalt der verschiedenen Rechtspflichten bedeutsam. Während der Inhalt der Handlungspflicht bei den Rechtspflichten aus Gesetz von vornherein genau bestimmt sei, sei das bei den Rechtspflichten aus den besonderen rechtlichen Verhältnissen, als deren "allgemeine Quelle" Spangenberg das Gesetz ansieht, nur ausnahmsweise der Fall³⁴⁾. Damit deu-

31) Spangenberg, S. 532

32) Die Warnung Welzels, JZ 1960, 179, vor dem zahlenmäßigen Ausweiten der Unterlassungsdelikte ("Ölfleckprinzip") ist also schon fast 150 Jahre alt und wird immer noch nicht ernst genommen.

33) Das verkennt Glaser, Abhandlungen, S. 371 f., der davon ausgeht, Spangenberg erkenne neben Gesetz und Vertrag noch einen weiteren Entstehungsgrund an. In demselben Irrtum befinden sich u. a. auch Aldosser, S. 6, Rudolphi, S. 6, und Frede, S. 72

34) vgl. die Ausführungen von Spangenberg, S. 539

tet er an, daß der Inhalt dieser Pflichten bei ihrer Entstehung nur der Gattung nach bestimmt ist, es sich also um Gattungshandlungsschulden handelt³⁵⁾. Da diese Gattungshandlungsschulden bei Spangenberg ihren Grund in einem personenrechtlichen Verhältnis haben (nach damaliger Auffassung handelte es sich bei den oben angeführten Beispielen ausschließlich um personenrechtliche Verhältnisse), ist ihr der Gattung nach bestimmter Inhalt durch dieses auf Gesetze beruhende Verhältnis und damit durch diese Gesetze bedingt. Wenn Spangenberg diese bezüglich ihres Inhalts nur der Gattung nach bestimmten Pflichten als Erfolgsabwendungspflichten anerkennt, so gibt er seine These, daß der Inhalt genau - gemeint ist : von Anfang an individuell - bestimmt sein müsse, für die Rechtspflichten aus besonderen rechtlichen Verhältnissen auf. In die gleiche Schwierigkeit kommt er bei den Vertragspflichten³⁶⁾. Auch hier sind Einzelhandlungsschulden von Gattungshandlungsschulden zu unterscheiden. Die letzteren sind regelmäßig Wirkungen von Dauerschuldverhältnissen besonderer Art, insbesondere von Dauerdienstverhältnissen. Um zu begründen, daß auch die sich aus diesen Dienstverhältnissen ergebenden Gattungshandlungsschulden als Erfolgsabwendungspflichten in Betracht kommen, obwohl ihr Inhalt nur der Gattung nach bestimmt ist, führt Spangenberg aus, daß ja derartige Verträge immer "ausdrücklich und bestimmt" eingegangen worden seien, und "daß sie namentlich auf die Handlungen und Dienste gerichtet seyn müssen, zu deren Begehung der Verpflichtete sich anheischig gemacht" habe. Spangenberg übersieht, daß diese im Zeitpunkt ihrer Entstehung inhaltlich nur der Gattung nach bestimmten Pflichten bei den Unterlassungsdelikten im Zeitpunkt der Nichterfüllung sich von den Pflichten, die von vornherein als Einzelhandlungspflichten entstehen, nicht mehr unterscheiden, es also keiner besonderen Rechtfertigung bedarf, um sie - im Ergebnis zutreffend - als Erfolgsabwendungspflichten anzuerkennen. Das hat seinen Grund darin,

35) Der Verfasser folgt hier der von Ernst Wolf vertretenen Lehre von den Gattungshandlungsschulden.

36) vgl. Spangenberg, S. 543 f.

daß die Gattungshandlungsschulden sich in Einzelhandlungsschulden umgewandelt haben. Dies geschieht bei den sich aus Dauerschuldverhältnissen ergebenden Gattungshandlungsschulden grundsätzlich entweder allein durch eine individuelle Weisung (rechtsgeschäftliche Erklärung) des Berechtigten (des Dienstberechtigten, des Arbeitgebers auf Grund des sog. Weisungsrechts)³⁷⁾ oder durch generelle Weisung verbunden mit dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses, auf das sich die generelle Weisung inhaltlich bezieht³⁸⁾. Bei den sich aus personenrechtlichen Verhältnissen ergebenden Gattungshandlungspflichten (z. B. Personensorge der Eltern gegenüber den Kindern) geschieht die Umwandlung in Einzelhandlungspflichten beim Eintritt eines bestimmten Ereignisses, ohne daß es einer rechtsgeschäftlichen Erklärung des Berechtigten bedarf³⁹⁾, oder durch elterliche Weisung. Soll nun ein Unterlassungsdelikt in Betracht kommen, so hat sich spätestens in dem Zeitpunkt, in dem die Vornahme einer bestimmten Handlung geboten war, die Gattungshandlungsschuld in eine Einzelhandlungsschuld umgewandelt. Spangenberg hatte also mit seinem Ansatz recht, daß für die Bestrafung wegen einer Unterlassung das Bestehen einer speziellen Rechtspflicht, also einer Einzelhandlungsschuld, Voraussetzung ist. Die sich bei Spangenberg ergebende Schwierigkeit bei "allgemeinen" Rechtspflichten, also Gattungshandlungsschulden, ist lediglich eine Folge der fehlenden Analyse dieser Pflichten und ihrer inhaltlichen Umwandlung. Im Ergebnis ist Spangenberg zuzustimmen.

Voraussetzung für die Strafbarkeit der Unterlassung ist aber nach Spangenberg nicht nur, daß eine Erfolgsabwendungspflicht bestand,

37) Beispiel: Ein Angehöriger einer Werksfeuerwehr wird aufgefordert, eine bestimmte zum Löschen eines bestimmten Brandes erforderliche Handlung vorzunehmen.

38) Beispiel: Ein Nachtwächter soll ein bestimmtes Werksgebäude vor Einbrechern sichern (generelle Weisung). Beim Versuch eines Einbrechers, die Tür aufzubrechen (Ereignis), ist er verpflichtet, dessen Bemühen zu vereiteln (Einzelhandlung).

39) Beispiel: Im Falle eines Unfalls (Ereignis) sind die Eltern auf Grund ihrer Personensorgepflicht (Gattungshandlungspflicht) verpflichtet, für ihr verunglücktes Kind ärztliche Hilfe herbeizuholen (Einzelhandlungspflicht).

sondern auch (zu II), daß diese Pflicht durch Unterlassen der Handlung, zu der der Unterlassende verpflichtet war, culpa oder dolo verletzt wurde⁴⁰⁾. Die Verletzung der Handlungspflicht setze jedoch voraus, daß ein dem Inhalt der Pflicht entsprechendes Handeln möglich war⁴¹⁾. Dieser Gesichtspunkt der Möglichkeit des Handelns wird von Spangenberg in methodisch falschem Zusammenhang erwähnt. Voraussetzung eines Unterlassungsdelikts ist nämlich das Vorliegen eines Unterlassens. Unterlassen aber setzt seinem Begriffe nach die Wahlmöglichkeit zwischen der Vornahme einer bestimmten Körperveränderung und deren Nichtvornahme voraus. Handlung⁴²⁾ ist nämlich eine von einem Menschen auf Grund eines Entschlusses durch Wollen in sich selbst verursachte körperliche oder geistige Änderung. Entsprechend ist Unterlassung der Entschluß eines Menschen, in sich selbst eine solche Änderung durch Wollen nicht zu verursachen⁴³⁾. Sowohl zur Handlung als auch zur Unterlassung gehört demnach ein Entschluß. Inhalt eines einem Verhalten (sei es nun Tun [Handlung] oder Unterlassen) zugrunde liegenden Entschlusses aber ist das Wählen zwischen dem Wollen einer körperlichen oder geistigen Änderung und dem Nicht-Wollen dieser Änderung und damit zugleich zwischen dem Verursachen dieser Änderung durch Wollen und dem Nicht-Verursachen dieser Änderung durch Wollen. Ist nun aber das Verursachen dieser Änderung nicht möglich, so ist eine Handlung nicht möglich, da diese durch das Bestehen einer Handlungsmöglichkeit und damit einer Entscheidungsmöglichkeit bedingt ist. Dann kann weder von einem Handeln noch von

40) Spangenberg, S. 545

41) Spangenberg, S. 546. - In diesem Zusammenhang geht Spangenberg auch auf das Problem der Zumutbarkeit der Pflichterfüllung ein (S. 547 f.), vgl. dazu heute Henkel, Festschrift für Mezger, S. 249 ff.

42) Der Verfasser folgt hier der Handlungslehre von Ernst Wolf.

43) Eine Handlung kann also nicht in eine Unterlassung "umgedeutet" werden. Bezüglich des Merkmals "körperliche Veränderung" sind Handlung und Unterlassung kontradiktorische Begriffe. A. A. Hall, Fahrlässigkeit im Vorsatz, S. 21, und Erinnerungsgabe für Grünhut, S. 225

einem Unterlassen die Rede sein. Spangenberg hätte deshalb für die Fälle der Unmöglichkeit, eine dem Inhalt der Erfolgsabwendungspflicht entsprechende Handlung vorzunehmen, nicht erst die Pflichtverletzung, sondern bereits das Vorliegen einer Unterlassung verneinen müssen. Im Ergebnis hat sich diese Meinung inzwischen durchgesetzt⁴⁴⁾.

Sehr bedeutsam ist die dritte Voraussetzung, die Spangenberg für die Strafbarkeit der Unterlassung fordert (zu III). Gerade durch die strafbare Unterlassung müsse der Schaden⁴⁵⁾ herbeigeführt sein, "dessen Abwendung durch Begehung der Handlung derjenige verlangen konnte, welcher überhaupt die Handlung selbst zu verlangen, rechtlich befugt war"⁴⁶⁾.

Aus dieser Äußerung lassen sich mehrere Schlüsse ziehen. Einmal geht Spangenberg wie Feuerbach von der Kausalität der Unterlassung aus. Das Kausalitätsproblem wird zwar nicht erkannt, jedoch zum ersten Mal allgemein formuliert, indem ein Kausalverhältnis zwischen der Unterlassung und dem tatbestandsmäßigen Erfolg behauptet wird. Damit hat Spangenberg die genaue Untersuchung dieses Verhältnisses, dessen Vorhandensein Voraussetzung der Strafbarkeit der Unterlassung sein soll, erforderlich gemacht und angeregt.

Zum anderen ist diese Äußerung deshalb bedeutsam, weil Spangenberg nicht nur den Verpflichteten, sondern auch den Berechtigten, als den anderen an einer Pflicht beteiligten Menschen erwähnt. Er geht damit zutreffend davon aus, daß eine Pflicht immer gegenüber einem anderen besteht, an einer Pflicht also immer zwei Subjekte beteiligt sind: der Berechtigte, der Anspruchsinhaber, und der Verpflichtet, der Anspruchsgegner. Spangenberg deutet damit an, daß Anspruch und (Erfolgsabwendungs-)Pflicht in einem notwendigen Zusammenhang stehen: die Pflicht ist die Bedingung des Anspruchs, der Anspruch ist auf die

44) vgl. z. B. Schönke-Schröder, Vorbem., Rn. 82 - 84

45) Mit "Schaden" ist hier der eingetretene tatbestandsmäßige Erfolg gemeint.

46) Spangenberg, S. 548

Pflicht inhaltlich bezogen und deren notwendige Folge⁴⁷⁾. Diese Pflicht muß, um die Bestrafung wegen eines Unterlassungsdelikts zu ermöglichen, nun nach Spangenberg den Inhalt gehabt haben, den Erfolg durch Handeln abzuwenden. Dann hatte der andere das Recht, von dem Unterlassenden die Abwendung des eingetretenen Erfolgs durch Handlung zu verlangen, so daß die Unterlassung dieser Handlung als dem Inhalt des Anspruchs nicht entsprechend zugleich eine Anspruchsverletzung ist. Als relatives Recht zwischen zwei sog. natürlichen Personen auf Vornahme einer Handlung, die die Verletzung der berechtigten Person in ihren Rechten verhindern soll, ist dieser Anspruch ein zivilrechtliches Recht, da es aus einem zwischen diesen Personen bestehenden zivilrechtlichen Verhältnis entsteht⁴⁸⁾. Ist der Anspruchsinhaber eine sog. juristische Person, so ist der gegen die verpflichtet natürliche Person gerichtete Anspruch ebenfalls ein zivilrechtlicher Anspruch. Ist die sog. juristische Person ein Hoheitsträger, so kommt auch ein öffentlichrechtlicher Anspruch auf Erfolgsabwendung z. B. auf Grund eines sog. besonderen Gewaltverhältnisses (Beamten- oder Soldatenverhältnisses) in Betracht.⁴⁹⁾

Spangenberg hat bei seinen Überlegungen somit zwei bedeutsame Ergebnisse vorbereitet:

Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung muß inhaltlich genau bestimmt sein; es muß sich um eine Einzelhandlungsschuld handeln.

An einer solchen Rechtspflicht sind notwendig zwei Personen beteiligt, der Berechtigte und der Verpflichtete: Der Berechtigte hat gegen

47) Eine Lehre, die heute so von Ernst Wolf vertreten wird.

48) Zur Unterscheidung zwischen zivilem und öffentlichem Recht vgl. Ernst Wolf, Festschrift für Molitor, S. 1 ff.

49) Das übersieht Breidenbach, 1. Bd., Heft 1, S. 216 f., wenn er ausdrücklich fordert, bei der Bestrafung wegen eines unechten Unterlassungsdelikts müsse "auf das bürgerliche Gesetz recurriert werden", dem Unterlassenden sei "das Vorhandensein einer bestimmten, die Verhinderung gerade dieses Erfolges gebietenden Rechtspflicht aus den bürgerlichen Gesetzen nachzuweisen."

den Verpflichteten einen Einzelhandlungsanspruch auf Abwendung eines bestimmten Erfolges. Die Rechtspflicht des Verpflichteten steht mit dem Anspruch des Berechtigten in einem notwendigen Zusammenhang.

Insbesondere der letzte Gesichtspunkt ist im weiteren Verlauf der Entwicklung nicht beachtet worden und in Vergessenheit geraten. Eine Folge davon war, daß dem Entstehungsgrund des Anspruchs nicht die erforderliche Aufmerksamkeit geschenkt wurde. Die Behauptung, jemand sei zur Vornahme einer bestimmten Handlung verpflichtet (er müsse "Gutes" tun), stößt psychologisch auf geringeren Widerstand als die Behauptung, jemand habe gegen den Verpflichteten einen entsprechenden Anspruch (jemand könne verlangen, daß ein anderer ihm "Gutes" tue). Die letzte Behauptung verlangt nach einer genauen Analyse des Entstehungstatbestands, die bis heute bei den vertraglichen Rechtspflichten und den sog. Rechtspflichten aus vorangegangenem Tun unterblieben ist. Das ausschließliche Abstellen auf die Verpflichtung des Unterlassenden ist die Folge einer herrschaftlichen Rechtsauffassung, die die "Rechtsordnung" als Pflichtenordnung auffaßt und damit die Rechte des einzelnen - wie es eine freiheitliche Rechtsauffassung erfordert - nicht beachtet.

d) Henke

Henke teilt die Verbrechen in Begehungs- und Unterlassungsverbrechen ein. Während die Kausalität bei den Begehungsverbrechen einfach zu begreifen sei, müsse zur Begründung des Unterlassungsverbrechens von der rechtlichen Verbindlichkeit ausgegangen werden, einen vorauszu sehenden rechtswidrigen Erfolg zu verhindern. Werde der Erfolg entgegen der Verbindlichkeit nicht verhindert, so könne gesagt werden, "daß der eingetretene rechtswidrige Erfolg nicht eingetreten seyn würde, wenn der zur Verhinderung Verpflichtete seine Verbindlichkeit erfüllt hätte"⁵⁰⁾. Henke erkennt hier als erster das Kausalitätsproblem, begeht aber den später weit verbreiteten Fehler, die Kausalität mit dem Bestehen einer Rechtspflicht zu begründen. Diese Kausalitätsauffassung liegt zugrunde, wenn Henke beim Verbrechen der Tötung ausführt, diejenige "Aufhebung

50) Henke, Handbuch I, § 59 (S. 395 f.)

des Lebens eines Menschen" sei eine "verbrecherische Tödtung", "deren Ursache eine menschliche Handlung oder Unterlassung" sei; der Tod des Menschen müsse "aus einer menschlichen Handlung oder Unterlassung als seiner Ursache" hervorgegangen sein⁵¹⁾.

Bei der Erörterung der Unterlassungsdelikte wendet Henke sich bereits in seinem Ausgangspunkt gegen Stübel, wenn er sagt, daß der Staatsbürger in der Regel nur zu Unterlassungen, nicht aber zu Begehungen rechtlich verpflichtet sei. Die gegenteilige Behauptung von Stübel, daß kraft des erdichteten Staatsvertrages schon eine Verbindlichkeit zu Begehungen, deren Unterlassungen in die Sphäre des Strafrechts falle, allen Bürgern des Staates obliege, sei irrig und der bürgerlichen Freiheit sehr gefährlich. Eine Unterlassung sei nur strafbar, wenn "durch diese Unthätigkeit ein positives Gebot des Staates übertreten, oder eine Vertrags- oder Amtsverbindlichkeit verletzt" worden sei, "indem unabhängig von denselben keine allgemeine rechtliche Verbindlichkeit . . . (bestehe), die Verbrechen Anderer zu verhindern"⁵²⁾. Hierbei fällt auf, daß Henke nicht mehr von Rechtspflichten aus Gesetz spricht, sondern von der Übertretung eines staatlichen Gebots. Was er damit meint, wird in seinen späteren Ausführungen deutlich. Die rechtliche Verbindlichkeit könne bei Unterlassungsdelikten einzig⁵³⁾ in besonderen Verhältnissen zwischen Personen (i. S. Spangenbergs) und in Verträgen begründet sein. Die Nichterfüllung dieser Pflichten bilde den Begriff des Unterlassungsverbrechens⁵⁴⁾. Mit diesem Begriff vergleicht Henke nun die Bestimmungen der positiven Gesetze über Unterlassungsverbrechen und stellt fest, daß der in den Gesetzen verwandte Begriff weiter sei. Soweit

51) Henke, Handbuch II, § 96 (S. 24). Vgl. auch die sonstige Gleichstellung von Handlung und Unterlassung bezüglich der Kausalität: Handbuch II, § 123 (S. 251), und Handbuch III, § 212 (S. 684 f.)

52) Henke, Handbuch I, § 39 (S. 251 f.). Henke hat dabei im Gegensatz zu Spangenberg nicht erkannt, daß Feuerbach die übernommene Amtsverbindlichkeit als eine Art der Vertragspflicht angesehen hat. - Wie Henke auch Roßhirt, Criminalrecht, § 31 (S. 65).

53) Hervorhebung vom Verfasser

54) Henke, Handbuch I § 59 (S. 396 f.)

der dort verwandte Begriff jedoch weiter sei, handele es sich um bloße Polizeiverfügungen, die den Staatsbürger "zur Beförderung des allgemeinen Wohles" bei Strafe zu Begehungen verpflichten. Auf solche Weise entstehe "eine neue Klasse von Unterlassungsverbrechen, die der gesetzlich⁵⁵⁾". Wenn Henke hier seine Ausführungen beendet hätte, müßte man von ihm sagen, daß er echte und unechte Unterlassungsverbrechen als erster unterschieden hätte. Er fährt jedoch fort, "als Quelle der rechtlichen Verbindlichkeit zu einem Thun" müsse außer den besonders engen durch Vertrag oder auf andere Weise begründeten Verhältnissen auch noch die Vorschrift des Gesetzes betrachtet werden⁵⁶⁾. Damit hebt er die vorgenommene Unterscheidung im Ergebnis wieder auf.

e) Martin

Auch Martin wendet sich gegen Stübel, indem er für die Strafbarkeit der Unterlassungen die Verletzung einer besonderen Zwangspflicht durch Untätigkeit verlangt⁵⁷⁾. Diese Zwangspflicht könne sich aus einem ausdrücklichen Strafgesetz ergeben oder aus persönlichen besonderen Verhältnissen einzelner⁵⁸⁾, gleichgültig ob diese Verhältnisse öffentliche oder Privatverhältnisse seien⁵⁹⁾. Martin erkennt damit zwar, daß auch öffentlichrechtliche Pflichten als Erfolgsabwendungspflichten in Betracht kommen, verwässert im übrigen aber wieder die von Spangenberg und Henke herausgearbeiteten Ergebnisse, indem er die Pflichten aus den von Spangenberg so genannten besonderen rechtlichen Verhältnissen und die Pflichten aus Vertrag zu einer Gruppe zusammenfaßt und damit im Ergebnis gesetzliche und vertragliche Pflichten vermengt.

55) Henke, Handbuch I, § 59 (S. 397 f.)

56) Henke, Handbuch I, § 59 (S. 398)

57) Martin, Lehrbuch, § 69 (S. 153)

58) Martin, Lehrbuch, § 77 (S. 170). - Vgl. auch Bauer, Lehrbuch, 1. Aufl., S. 51, 2. Aufl., S. 63 u. 100, der bezüglich der Rechtspflicht auf Spangenberg verweist.

59) Martin, Lehrbuch, § 77 Fn. 13

f) Borst

Borst hingegen war noch zu einer Zeit ein eifriger Verfechter der früheren Stübel'schen Auffassung von der Rechtspflicht, als Stübel die Änderung seiner Lehre schon vorbereitet hatte⁶⁰⁾. Als Verbrechen sieht Borst eine Rechtsverletzung an, "welche ein Mensch dem andern durch freiwilliges Handeln verursacht, oder welche er, da er sie verhindern könnte, durch freiwilliges Nichthindern zuläßt, vorausgesetzt, daß er den Erfolg seines Handelns oder Nichthandelns kannte, oder wenigstens bei gehöriger Aufmerksamkeit kennen sollte"⁶¹⁾. Borst unterscheidet hier zunächst Handlungs- und Unterlassungsdelikte nach der Kausalität. Während er bei den Handlungsdelikten die Ursächlichkeit der Handlung für die Rechtsverletzung annimmt, geht er bei den Unterlassungsdelikten von deren Nichtursächlichkeit aus, wenn er ausführt, die Rechtsverletzung müsse durch die freie Handlung eines anderen verursacht oder, wenn sie durch Naturkräfte bewirkt werde, durch freiwilliges Nichthandeln dessen, der die Verletzung hindern könnte, zugelassen sein^{62) 63)}. Damit hat Borst der später mit Luden einsetzenden Diskussion um die Ursächlichkeit der Unterlassung den Boden bereitet. Allerdings sei nicht nur die Verursachung der Rechtsverletzung, sondern auch deren bloße Zulassung strafbar. Es sei nämlich irrig zu meinen, zur Verhinderung von Verbrechen sei man naturrechtlich nicht allgemein, sondern nur in Sonderfällen verpflichtet. Wenn "der Naturmensch rechtlich ge-

60) Stübel, Neues Archiv, 8. Bd. (1825), S. 236 ff.

61) Borst, Neues Archiv, 7. Bd. (1825), S. 673

62) Borst, Neues Archiv, 7. Bd. (1825), S. 673

63) Die Ursächlichkeit der Unterlassung wird schon von Oersted, S. 201, ausdrücklich verneint: "Wer die ihm gegebene Gelegenheit, ein Verbrechen zu verhindern, nicht benutzt, kann, wenn keine positive Handlung hinzukommt, nie als Ursache des Verbrechens betrachtet werden. Er hat durchaus nichts zu dessen Daseyn beigetragen, sondern nur versäumt, für dessen Nichtdaseyn thätig zu seyn; wäre er auch gar nicht vorhanden gewesen, so wurde gleichwohl das Verbrechen begangen; es würde aber ein Widerspruch seyn, wenn man annähme, es könne von den mitwirkenden Ursachen eine Begebenheit weggedacht, und doch die Wirkung zurückbehalten werden."

zwungen werden könne, einem Staat beizutreten und dessen Lasten mit zu tragen", so müsse "in dieser Beziehung eine Zwangspflicht zur wechselseitigen Unterstützung und Hülfeleistung ... im Naturrecht gegründet seyn"⁶⁴⁾. "Nur aus der Unterstützung und Hülfeleistung, welche sich alle wechselseitig gewähren müssen, nicht aber aus der allgemeinen Vermeidung jeder Ungerechtigkeit" gehe der Begriff des Staates hervor⁶⁵⁾. Das ergebe sich aus dem Gesetz der Vernunft⁶⁶⁾.

Diese Ansicht wird in der Folgezeit⁶⁷⁾ nicht mehr vertreten; selbst ihr Begründer Stübel weicht von ihr ab.

g) Die spätere Ansicht von Stübel

Im Jahre 1825 beschäftigt sich Stübel in einem umfangreichen Aufsatz mit der Strafbarkeit gefährlicher Handlungen. Als gefährliche Handlung bezeichnet er dort eine solche, durch die der Handelnde einen anderen "in Ansehung eines solchen Guts, auf welches dieser ein Recht hat, in Gefahr setzt", d. h. in einen Zustand versetzt, in der Betroffene zu befürchten hat, dieses Guts beraubt zu werden⁶⁸⁾. Da Stübel die gefährlichen Handlungen "in der Eigenschaft einer Rechtsverletzung" behandelt, scheiden solche Handlungen, zu deren Vornahme der Handelnde berechtigt ist, also rechtmäßige Handlungen, aus der Betrachtung aus: Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam⁶⁹⁾. Eine ohne eine entsprechende Berechtigung vorgenommene gefährliche Handlung sei wie eine verletzende Hand-

64) Borst, Neues Archiv, 7. Bd., S. 676

65) Borst, Neues Archiv, 7. Bd., S. 677

66) Borst, Neues Archiv, 7. Bd., S. 679 - 685. Die Argumentation läßt erkennen, daß ihr der kategorische Imperativ von Kant zugrunde liegt. - Inwieweit schon Stübel von Kant beeinflusst war, dazu vgl. Knoche, S. 25 ff.

67) Abgesehen von Zirkler, Rechtslexikon, S. 142 f., der die allgemeine Beistandspflicht aus der "Eigenschaft als Mensch" folgert.

68) Stübel, Neues Archiv, 8. Bd., S. 236 f.

69) Stübel, Neues Archiv, 8. Bd., S. 237

lung rechtswidrig⁷⁰⁾, jeder also zu deren Unterlassung verpflichtet⁷¹⁾. Soweit diese Handlungen gesetzlich verboten seien oder Rechte gefährden, deren Verletzung Verbrechen seien, seien sie "Polizeivergehen" oder "Gegenstände der Criminaljustiz"⁷²⁾. [In diesem Zusammenhang erörtert Stübel Handlungen, die später als eine Erfolgsabwendungspflicht begründende Handlungen angesehen werden⁷³⁾.]

Von seinem Ausgangspunkt, daß jeder zur Unterlassung rechtsgefährdender und somit rechtswidriger Handlung verpflichtet sei, bis zu der Ansicht, daß derjenige, der solche Handlungen dennoch vornimmt und dadurch eine Gefahr für Rechte anderer heraufbeschwört, zur Abwendung der durch seine Handlung begründeten Gefahr verpflichtet sei, ist nur noch ein Schritt. Diesen Schritt tut Stübel im Jahre 1828.

In seiner Abhandlung über die Teilnahme weist er zunächst nach, daß eine Beihilfe durch Unterlassen begrifflich nicht möglich ist. Hilfe sei "eine Handlung, wodurch die Absicht eines Andern befördert" werde⁷⁴⁾. Man könne also nur von demjenigen sagen, daß er zu dem Verbrechen eines anderen Hilfe leiste, welcher entweder eine der den Tatbestand desselben ausmachenden Handlungen zugleich mit verübe, oder sonst etwas tue, wodurch die Verübung dieses Verbrechens vorbereitet oder erleichtert werde. Die Unterlassung einer Handlung, "durch welche Jemand von der Verübung eines Verbrechens abgehalten werden konnte", sei kein besonderes Verbrechen, da im allgemeinen niemand das Recht

70) Stübel, Neues Archiv, 8. Bd., S. 249 - 251 und S. 259, 262 ff.
Eine entsprechende Lehre wird heute pointiert von Ernst Wolf vertreten.

71) Stübel, Neues Archiv, 8. Bd., S. 263

72) Stübel, Neues Archiv, 8. Bd., S. 266 ff.

73) z. B. das Rauchen in Scheunen, das zu einem Brand führt; die lebensgefährliche Verletzung anlässlich eines Raubes; die Aussetzung eines Kindes u. a. Vgl. Stübel, Neues Archiv, 8. Bd., S. 244 - 256

74) Stübel, Theilnahme, S. 59

habe, von einem andern zu fordern (Anspruch!), daß er ihn verteidige. Unter Aufgabe seiner früheren Lehre schließt er sich hier ausdrücklich der von Feuerbach, Henke und Martin vertretenen Meinung an⁷⁵⁾.

Die Unterlassungen "in Ansehung der Verhinderung der Verbrechen "Anderer" seien von den Unterlassungen, "welche eigene besondere Verbrechen .. (seien), da durch sie Rechte verletzt werden und auf ihnen Strafen stehen, wohl zu unterscheiden"⁷⁶⁾. Stübel erkennt an, daß es Fälle gibt, "in denen Jemand, vermöge eines besonderen Verhältnisses, oder einer vorhergehenden Handlung desselben, zu einer Handlung rechtlich verpflichtet" sei⁷⁷⁾. Soweit sich Stübel hier auf die "besonderen Verhältnisse" beruft, schließt er sich der Sache nach Spangenberg an. Das ergibt sich aus dem zur Begründung angeführten Beispiel (Eltern versagen ihren Kindern die zur Erhaltung des Lebens notwendige Pflege), das nach Spangenberg über die "besonderen rechtlichen Verhältnisse" zu lösen war. Im übrigen postuliert Stübel einen neuen möglichen Entstehungsgrund für eine Rechtspflicht: die "vorhergehende Handlung" des Unterlassenden. Stübel führt dazu aus, daß z. B. "diejenigen, welche einen Andern in einen Zustand versetzt haben, in welchem er ohne ihre Hilfe um das Leben kommen muß, wenn sie ihm solche nicht leisten, des Verbrechens einer Tödtung schuldig" sind. Auch sei derjenige zu bestrafen, der "einen Andern einsperrt und ihm die erforderlichen Lebensmittel zu reichen unterläßt".

Diese Schulbeispiele werden heute zwar ebenfalls mit der sog. Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun gelöst, jedoch besteht zwischen der heutigen Lehre und der Stübelschen Meinung ein grundlegender Unterschied. Während nach der heutigen Lehre jedes vorangegangene Tun -

75) Stübel, Teilnahme, S. 60

76) Stübel, Teilnahme, S. 60 f. - Günther, S. 4, irrt, wenn er in dieser Unterscheidung eine Einteilung in echte und unechte Unterlassungsverbrechen sieht. Stübel unterscheidet hier lediglich - wie der Zusammenhang ergibt - Teilnahme durch Unterlassen und Unterlassungsdelikte.

77) Stübel, Teilnahme, S. 61

gleichgültig ob rechtswidrig oder nicht - geeignet sein soll, eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung zu begründen, ist bei Stübel für die Entstehung der Rechtspflicht Voraussetzung, daß die Vorhandlung rechtswidrig war⁷⁸⁾. Das ergibt sich daraus, daß Stübel in den angeführten Beispielen von Vorhandlungen ausgeht, durch die sich die Gefährdung von Rechten ergibt⁷⁹⁾. Diese gefährlichen Handlungen aber hatte Stübel schon früher⁸⁰⁾ als Rechtsverletzungen und damit als rechtswidrig angesehen. Stübel geht somit davon aus, daß nur rechtswidrige Vorhandlungen geeignet sind, eine Erfolgsabwendungspflicht zur Entstehung zu bringen⁸¹⁾. Krug sagte von dieser Lehre Stübels mit Recht, daß sie viel Wahres enthalte⁸²⁾. Trotzdem ist der für die Analyse der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun damals allein geeignete Ausgangspunkt in der Folgezeit, in der die Diskussion vornehmlich über die Kausalität der Unterlassung geführt wurde, vernachlässigt worden und stark in den Hintergrund getreten.

Die Entwicklung der Lehre von der Erfolgsabwendungspflicht bricht hier zunächst ab. Zusammenfassend läßt sich von ihr sagen, daß trotz aller Unterschiede in den Einzelmeinungen allgemein anerkannt war, daß die Strafbarkeit einer Unterlassung das Bestehen einer durch einen besonderen Rechtsgrund bedingten Erfolgsabwendungspflicht voraussetzte.

78) Ähnlich Nagler, GS 111, S. 26 Fn. 60; Clemens, StrAbh. 149, S. 14; Granderath, S. 7. - Kaufmann, Dogmatik, S. 241, und Frede, S. 74, irren also, wenn sie meinen, Stübel habe zu Gesetz und Vertrag die Fälle der Ingerenz hinzugefügt. Diese Behauptung ist nur teilweise richtig.

79) Versetzen in einen das Leben gefährdenden Zustand

80) s. o. S. 33 f.

81) Dazu, daß in diesem Gedanken ein richtiger Kern steckt, der einer eingehenden Untersuchung bedarf, vgl. unten S. 128 ff.

82) Krug, S. 25

Drittes Kapitel:

Die Kausalitätstheorien

1. Vorbemerkung

Schon in den früheren Lehren war erkannt worden, daß die Unterlassung bezüglich der Kausalität eine Sonderstellung einnimmt¹⁾ bzw. daß die Unterlassung nicht als Ursache für den Erfolg in Betracht kommt²⁾. Diesen Sondermeinungen war nicht zuletzt deshalb keine Aufmerksamkeit gewidmet worden, weil die Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten noch nicht gemacht wurde. Das führte dazu, daß der Tatsache, daß für die echten Unterlassungsdelikte die Verursachung eines Erfolgs keine Rolle spielte, Allgemeingültigkeit zugesprochen wurde; das hatte weiter zur Folge, daß auch die Ursächlichkeit bei den unechten Unterlassungsdelikten nicht besonders untersucht wurde. Das mußte sich in dem Zeitpunkt ändern, in dem der Unterschied zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten klar erkannt wurde. Um nämlich die unechten Unterlassungsdelikte den Begehungsdelikten gleichstellen zu können, war der Nachweis erforderlich, daß eine Unterlassung für einen Erfolg kausal sein kann. Denn das Dogma, daß die Bestrafung wegen eines begangenen Verbrechens Kausalität voraussetzte, hatte inzwischen uneingeschränkt Geltung. Bedingt durch das stärkere Vordringen der Naturwissenschaften³⁾ wurden an die Kausalität naturwissenschaftliche Anforderungen gestellt, indem man die Kausalität als reales Verhältnis zwischen zwei verschiedenen Seienden auffaßte. Dieser Kausalitätsbegriff, der später abwertend als

1) vgl. z. B. Böhmer, s. o. S. 9 f., und Henke, s. o. S. 29 ff.

2) vgl. z. B. Borst, s. o. S. 32 f., und Oersted, s. o. S. 32 Anm. 63

3) Auch die Kausalitätstheorie von Kant (vgl. Kritik der reinen Vernunft, S. 175 ff., insbes. S. 185 ff.) wirkte in der gleichen Richtung. Das lag daran, daß diese im Grunde idealistische (kategoriale) Kausalitätsauffassung empirische Elemente enthielt und somit der realistischen Auffassung inhaltlich teilweise entsprach.

"naturalistisch" oder "mechanistisch" apostrophiert wurde, während er nichts anderes als realistisch war, war zutreffend⁴⁾. Nach dem Satz "Aus nichts wird nichts"⁵⁾ wurde der bloßen Unterlassung jede Ursächlichkeit abgesprochen.

2. Die einzelnen Ansichten

a) Luden

Während die richtigen Ansätze bei Stübel in der Literatur keine Resonanz fanden, gab Luden, der sich mit dem vorangegangenen Tun als möglichem Entstehungsgrund einer Erfolgsabwendungspflicht gar nicht befaßte, - ohne es zu wollen - den Anstoß für die Entwicklung der Lehre von der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun durch seine Erörterungen zur Kausalität der Unterlassung.

Es ist Ludens großes Verdienst, daß er scharf den Unterschied zwischen echten Unterlassungsdelikten und den übrigen Verbrechen herausgearbeitet hat⁶⁾. Bei der Untersuchung der Frage, ob ein Versuch durch Unterlassen begangen werden kann, definiert er das Unterlassungsverbrechen als "die mit Strafe bedrohte Nichterfüllung einer obligatio ad faciendum"⁷⁾. Der Rechtsgrund für diese obligatio könne in einem positiven Gesetz oder in einem Vertrag liegen⁸⁾. Der Tatbestand dieser Unterlassungsverbrechen sei erfüllt durch die bloße Un-

4) vgl. dazu unten S. 67 ff.

5) oder auf die Kausalität hin formuliert: "Durch nichts wird nichts."

6) Gleichzeitig mit Luden erkennt Zachariä, Versuch I, § 42 (S. 66 f.), diesen Unterschied: "... die Unterlassungsverbrechen sind nämlich entweder solche, bei welchen der Eintritt eines gewissen rechtswidrigen Erfolgs, welcher durch positive Thätigkeit hätte abgewendet werden können, z. B. der Tod eines Menschen, zur Vollendung des Delicts erfordert wird, - oder die Gesetze verlangen, ohne Rücksicht auf einen bestimmten Erfolg, von jemandem ein gewisses Handeln und bedrohen die Unterlassung mit Strafe ..."

7) Luden, Abh. I, S. 467

terlassung. Auf den Erfolgseintritt (Erreichung eines wirklichen Schadens) komme es dabei nicht an. Von einem Delikt, dessen Vollendung lediglich in der Unterlassung bestehe, könne es aber der Natur der Sache nach keinen Versuch geben⁹⁾. Damit hat Luden die Merkmale des echten Unterlassungsdelikts treffend dargestellt, von dem er an anderer Stelle sagt, daß es lediglich in der Übertretung eines Gebots bestehe, ohne eine Richtung auf die Verletzung eines Rechts zu haben¹⁰⁾. Diesen Unterlassungsverbrechen stellt er die Unterlassungen gegenüber, "durch welche andere Verbrechen als Unterlassungsverbrechen begangen werden können"¹¹⁾. Diese Unterlassungen (als Beispiel behandelt Luden die Tötung eines Kindes durch Entziehung der Nahrung durch die Mutter) seien keine Unterlassungsverbrechen. Das Verbrechen bestehe in der Tötung; es lasse sich nur sagen, daß das Verbrechen durch eine unterlassene Handlung begangen wurde, nämlich durch das Nichtdarreichen der erforderlichen Nahrungsmittel¹²⁾. Es sei nicht zu verkennen, daß diese "Unterlassungshandlung" von der anderen Seite aus betrachtet eine positive Handlung sei. "Denn zwischen dem Nichtdarreichen von Nahrungsmitteln, welche zu reichen man im Stan-

8) Luden, Abh. I, S. 468. - Nur damit, daß Luden die bei Spangenberg, auf den er verweist, aufgestellten Rechtspflichten mißverstanden hat, ist zu erklären, daß Luden hier den Vertrag erwähnt, obwohl er in diesem Zusammenhang - wie die späteren Ausführungen zeigen - die echten Unterlassungsdelikte meint.

9) Entsprechend Zachariä, Versuch I, § 42 (S. 68 f.), und Bauer, Versuch, S. 338

10) Luden, Abh. II, S. 221 ff. u. 227 ff. - In diesem Zusammenhang fordert Luden zur Strafbarkeit der Unterlassung, daß ein Gesetz die Pflicht zum Handeln aufstellt (S. 226), während er den Vertrag als Rechtsgrund nicht mehr erwähnt (anders noch Luden, Abh. I, S. 468 - vgl. Anm. 8).

Vgl. auch Luden, Handbuch I, S. 219: "Die Unterlassungsverbrechen sind ... Gesetzesverbrechen, da sie nicht auf die Verletzung eines subjectiven Rechts gerichtet sind, sondern nur in der Nichterfüllung einer gesetzlich auferlegten Verbindlichkeit bestehen." In Handbuch I, S. 220 Fn. 7, gibt Luden seine frühere Ansicht ausdrücklich auf.

11) Luden, Handbuch I, S. 220 f., und Abh. II, S. 219 f. und 259

12) vgl. dazu Luden, Abh. II, S. 225

de und verpflichtet ist, und zwischen dem Entziehen derselben ist kein Unterschied. Das Letztere ist aber offenbar eine positive Handlung, und Niemand wird leugnen, daß, wenn das Kind wirklich starb, die Mutter des Kindes die Urheberin dieses Todes war ...¹³⁾ Entsprechend führt er später aus, daß jede Unterlassung, die ja von dem Begriff der Handlung nicht ausgeschlossen sei und die Richtung auf die Verletzung eines subjektiven Rechts habe, das Verbrechen (d. i. das Begehungsdelikt) begründen könne¹⁴⁾, ohne daß es dazu eines besonderen Gesetzes bedürfe, in welchem die Unterlassung als solche verboten sei¹⁵⁾.

Luden glaubt hier durch einen sprachlichen Kunstgriff, indem er das ausdrücklich negierte Zeitwort ("Nichtdarreichen") durch ein solches ersetzt, das der Sache nach eine entsprechende Negierung enthält ("Entziehen"), die begrifflichen Unterschiede zwischen Handlung und Unterlassung aufheben zu können, wobei er noch übersieht, daß "Nichtdarreichen von Nahrungsmitteln" und "Entziehen von Nahrungsmitteln" nur bezüglich ihrer "Wirkung" (Hungertod des Betroffenen) gleich, im übrigen aber nicht gleichbedeutend sind. Abgesehen davon braucht die nur noch historisch interessante Annahme, zwischen Handeln und Unterlassen bestehe kein Unterschied, heute nicht mehr widerlegt zu werden, da auch diejenigen Meinungen, die das Unterlassen dem Handeln gleichstellen wollen, Handlung und Unterlassung voneinander unterscheiden und eine Lehre von den unechten Unterlassungsdelikten für erforderlich halten. Im übrigen schmälert Luden durch die Gleichsetzung von Handlung und Unterlassung sein Verdienst, zwischen echten und unech-

13) Luden, Abh. I, S. 469 f. - Entsprechend sagt Luden, Handbuch I, S. 221, daß die Unterlassung an und für sich nichts anderes als eine Weise zu handeln sei. Vgl. auch Luden, Abh. II, S. 221. - Ähnlich Bauer, Versuch, S. 315

14) Luden, Abh. II, S. 226; vgl. auch Zachariä, Versuch I, § 42 (S. 67)

15) Luden, Handbuch I, S. 221, und Abh. II, S. 226. - Der Lehre von Luden schließt sich Zirkler, Rechtslexikon, S. 134 ff., uneingeschränkt an.

ten Unterlassungsdelikten unterschieden zu haben¹⁶⁾, insbesondere auch noch dadurch, daß er außerdem Verbot und Gebot gleichsetzt¹⁷⁾.

Durch die Gleichsetzung der unechten Unterlassungsdelikte mit den Begehungsdelikten war Luden nun vor die Notwendigkeit gestellt, die Ursächlichkeit der "Unterlassungshandlung" nachzuweisen, denn da eine Handlung ("und die Unterlassung ist ebenfalls eine Handlung"¹⁸⁾) im Strafrecht nur insofern in Betracht komme, als sie zu einer "verbrecherischen Erscheinung" geführt habe, könne die Richtung auf die Verletzung eines subjektiven Rechts nur dann in einer Unterlassung liegen, wenn "durch sie selbst und nicht aus einer anderen Ursache" die "Erscheinung" hervorgegangen sei, aus welcher die Richtung erkannt werden könne. In einer Unterlassung könne umgekehrt diese Richtung nicht liegen, wenn die "Erscheinung", aus welcher sich dieselbe ergebe, nicht aus der Unterlassung hervorgegangen sei und auch ohne dieselbe hervorgebracht sein würde¹⁹⁾. Zur Führung des Nachweises, daß eine Unterlassung kausal sei, stellt Luden folgende Überlegung an²⁰⁾: Urheber sei jeder, in dessen Willen und Handlung die hinreichende Ursache enthalten sei, welche das Verbrechen als eine Wirkung hervorbrachte²¹⁾. Der Mensch aber, der zu bestimmten Zwecken handle, könne dieses nicht anders, als indem er dabei auf die Mitwirkung der ihm bekannten Gesetze der Natur und des Kausalzusammenhangs rechne. Insofern er dieselben verwende, könne man sagen, daß sie Teil seiner Handlung sind oder, was dasselbe sei, daß er mit denselben und durch dieselben handle. Dabei sei gleichgültig,

16) Besonders deutlich wird diese Unterscheidung in seinen Ausführungen in Abh. II, S. 219. Dort rügt er als einen Hauptfehler der bisherigen Lehre, daß nicht zwischen Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne und zwischen Verbrechen, die durch Unterlassungshandlungen begangen werden, unterschieden worden sei.

17) vgl. z. B. Luden, Handbuch I, S. 220, in Anlehnung an seine Ausführungen in Abh. II, S. 219 ff.

18) Luden, Abh. II, S. 236; vgl. auch Abh. II, S. 252

19) Luden, Abh. II, S. 236

20) Zu dem Folgenden vgl. Luden, Abh. I, S. 473 f.

21) Was Luden hier meint, führt er in Handbuch I, S. 360, ausführlich aus.

ob er die Naturkräfte selbst in Bewegung gesetzt oder nur vorgefunden habe. Wenn er nämlich die Naturkräfte in seiner Gewalt hatte und seinem Plane gemäß wirken ließ, könne ihm auch das, was daraus erfolge, oder was er als notwendig daraus erfolgend erkennen mußte, als seine Handlung und als seine Wirkung zugerechnet werden. "Und daß er die Wirksamkeit der Naturkräfte ihren Gang gehen ließ, während ihm die Bewältigung derselben möglich war, ist zunächst nur eine Unterlassung, aber doch auf der anderen Seite zugleich eine positive Handlung²²⁾. Denn während er das Eine unterließ, muß er notwendig etwas Anderes gethan haben, und das muß immer eine positive Handlung gewesen sein, sollte es auch in bloßem Zusehen oder in einer Ortsentfernung bestanden haben²³⁾. Und diese positive Handlung ist alsdann die alleinige Ursache des verbrecherischen Erfolges."

Mit diesen wenigen Sätzen hatte Luden die "Theorie des gleichzeitigen Andershandelns" aufgestellt. Mit dieser Theorie hoffte er die Schwierigkeit beseitigt zu haben, die sich bei der Frage nach der Kausalität der Unterlassung ergeben hatte²⁴⁾. Daß diese Hoffnung trügerisch war, zeigte sich im weiteren Verlauf der Entwicklung. Luden hatte mit seinen Ausführungen eine Diskussion über die Kausalität der Unterlassung ausgelöst. Dabei wurde das gleichzeitige Andershandeln als Ursache verworfen und durch die vorhergehende Handlung ersetzt. Diese gegen die Ansicht von Luden für die Kausalität der Unterlassung aufgestellte "Theorie der vorangegangenen Handlung" wurde später der Sache nach

22) Ähnlich Luden, Abh. II, S. 223 und 259

23) Mit diesen Ausführungen inhaltlich übereinstimmend sagt Luden, Abh. II, S. 228: Es "läßt sich von allen Menschen behaupten, daß sie sich stets in einem unterlassenden Zustande befinden, da sie, wenn sie auch positiv thätig sind, doch nothwendig ... andere Handlungen unterlassen müssen." - Vgl. auch Luden, Abh. II, S. 221, und Handbuch I, S. 221

24) Daß Luden selbst unsicher war bei Anwendung seiner Lehre, zeigen seine Ausführungen in Handbuch I, S. 360 - 362

die Grundlage der Lehre von der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun. Luden hat die Entwicklung dieser Lehre ungewollt ausgelöst.

Die Hauptfehler der Lehre von Luden lagen einmal in seinem Handlungsbegriff, zum andern in der damit zusammenhängenden Gleichsetzung von Gebot und Verbot²⁵⁾. Eine nähere Analyse dieser Lehre geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus²⁶⁾. Die Lehre wurde lediglich berichtet, um die folgende Entwicklung verständlich zu machen.

Zum Problem der Erfolgsabwendungspflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten hat Luden nur am Rande Stellung genommen und selbst dann immer noch seine Ausführungen dazu auf die Kausalität bezogen. Dafür, daß ein durch Unterlassen verursachter Erfolg dem Handelnden (Unterlassungshandlung!) zum Verbrechen zugerechnet werde, sei Voraussetzung, "daß er rechtlich verbunden war, durch eine positive Handlung der Wirksamkeit jener Kräfte entgegen zu treten"²⁷⁾. Wer z. B. einen hilflosen Kranken, dessen Pflege er übernommen, wissentlich verlasse, habe als Urheber den Tod desselben zu verantworten²⁸⁾. Luden nimmt dabei aber nicht an, in diesem Fall ergebe sich eine für die Strafbarkeit bedeutsame Rechtspflicht aus einem Vertrag. Das Bestehen einer vertraglichen Pflicht ist nach ihm für die Strafbarkeit einer Unterlassung immer ohne Bedeutung²⁹⁾. An anderer Stelle schließt Luden irrig von der vorherigen Vornahme gefährlicher Handlungen auf

25) Besonders deutlich Luden, Abh. II, S. 220 f.

26) Dazu kann auf Glaser, Abh. II, S. 379 - 390, verwiesen werden.

27) Luden, Abh. I, S. 470 f. - Eine allgemeine Hilfspflicht, wie Stübel sie in seiner früheren Lehre angenommen hatte, lehnt Luden in diesem Zusammenhang (er befaßt sich hier mit den echten Unterlassungsdelikten) ab. - Vgl. auch Bauer, Versuch, S. 321

28) Luden, Abh. I, S. 474

29) vgl. z. B. Luden, Abh. II, S. 227 ff., und Handbuch I, S. 220 Fn. 7; auch die Pflichten aus den von Spangenberg so genannten besonderen rechtlichen Verhältnissen haben nach Luden, Abh. II, S. 245 f., für die Strafbarkeit der Unterlassung keine Bedeutung.

die Ursächlichkeit der diesen Handlungen folgenden Unterlassung, wenn er ausführt, es könne keinem Zweifel unterliegen, daß jeder, der Handlungen vornehme, die zwar erlaubt, aber für andere Menschen, die nicht gewarnt sind oder keine Kenntnis davon haben, Gefahr bringen, die Verbindlichkeit habe, zwar nicht diese gefährlichen Handlungen zu unterlassen, wohl aber, die anderen zu warnen, "so daß er in Beziehung auf den Erfolg, der aus der unterlassenen Warnung hervorgegangen ... (sei), als Urheber angesehen" werde³⁰⁾. Außer in diesen und ähnlichen Bemerkungen³¹⁾ erwähnt Luden die Erfolgsabwendungspflicht nicht, die für ihn, da er einen Unterschied zwischen Handeln und Unterlassen leugnet, keine besondere Rolle spielen kann. Als Ergebnis seiner Ausführungen stellt er daher fest: Werde durch eine Unterlassung ein Verbrechen begangen, welches auch durch eine positive Handlung verübt werden könnte, so liege in dem Strafgesetz, welches von diesem Verbrechen handle, der alleinige Grund, aus welchem durch die Unterlassung das Verbrechen begangen werde, ohne daß es darauf ankomme, ob man noch aus einem besonderen Rechtsgrunde zu der entsprechenden positiven Handlung verpflichtet gewesen sei³²⁾.

b) Krug

Die "Theorie des gleichzeitigen Andershandelns" wurde von Krug mit einem berühmt gewordenen Beispiel, das einen der Fehler in der Lehre Ludens besonders deutlich macht, persifliert. Krug hielt Luden entgegen, daß nach dessen Meinung ein Kind, dessen Mutter Strümpfe stricke, statt es zu nähren, am Strümpfestricken gestorben sein müsse³³⁾. Mit diesem Beispiel zeigt Krug, daß Luden einem Handeln Kau-

30) Luden, Abh. II, S. 247. - Luden begeht hier zudem den Fehler zu meinen, die Vornahme von Handlungen, die andere gefährden, also - wie Stübel schon richtig erkannt hatte - rechtswidrig sind, könne (ohne Rechtfertigungsgründe) erlaubt sein.

31) vgl. z. B. Luden, Abh. I, S. 473

32) Luden, Abh. II, S. 259

33) Krug, S. 30

salität für einen Erfolg zuspricht, das zu dem Erfolg in keinerlei realer Beziehung steht.

In seinem Kommentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen versucht Krug seinerseits, diesen Fehler zu vermeiden. Wie Luden trennt Krug die eigentlichen (echten) von den sonstigen (unechten) Unterlassungsdelikten³⁴⁾ und bemüht sich dann bei den letzteren um den Nachweis der Kausalität. Luden hatte in seiner Argumentation gesagt, die Zurechnung des Erfolges einer Unterlassung setze voraus, daß derselbe durch Kräfte hervorgebracht worden sei, welche in ihrer Wirksamkeit durch die entgegengesetzte Handlung hätten aufgehalten werden können. Krug stellt demgegenüber die Frage: "Kann denn eine Unterlassung überhaupt einen Erfolg haben?"³⁵⁾ Seine Antwort, daß ein Unterlassen als solches nie Ursache eines Erfolges sein könne, beweist er an Hand eines Beispiels: "Ich sehe am steilen Ufer eines Flusses einen Schwimmer, dessen Kräfte ermattet sind. Ich könnte ihm die Hand oder eine daliegende Stange reichen und ihm heraushelfen. Aber ich sehe ruhig zu, wie er ertrinkt. Steht denn hier meine Unthätigkeit wohl in irgend einem Causalzusammenhang mit dem Tode des Ertrinkenden? Würde er nicht auch ertrunken sein, wenn ich nicht dazu gekommen wäre? Sein Tod ist lediglich die Folge seiner Unvorsichtigkeit und der hierdurch in Thätigkeit gesetzten Naturkräfte, nicht die meiner Unthätigkeit. Denn diese ist = 0. Aus nichts aber wird nichts."³⁶⁾ Diese Folgerung ist uneingeschränkt richtig. Krug nimmt der Sache nach die spätere Formel³⁷⁾ der Äquivalenztheorie, die schon von Stübel vertreten wurde³⁸⁾, vorweg. Er denkt sein Unterlassen hinweg und stellt fest, daß

34) Krug, S. 21 - 23

35) Krug, S. 32

36) Krug, S. 32

37) Eine Formel, die beim Einwirken von Handlungen Dritter einer Modifizierung bedarf ("Unterbrechung des Causalzusammenhangs")

38) Stübel, Theilnahme, § 31, S. 45 (vgl. dazu Knoche, S. 41 f.); ferner Oersted, s. o. S. 32 Anm. 63

der Erfolg nicht entfällt, daß es also an der Ursächlichkeit der Unterlassung fehlt³⁹⁾. Krug wendet sich dann gegen Luden und dessen "Theorie des gleichzeitigen Andershandelns" und meint, auch die Handlungen, die er während des Ertrinkens des ermatteten Schwimmers vorgenommen habe, seien nicht ursächlich für das Ertrinken, denn der Schwimmer "wäre ja auch ertrunken, wenn ich gar nicht herbeigekommen wäre, wie kann nun mein Fortgehen als Ursache des Ertrinkens betrachtet werden?" Selbst wenn er den Erfolg gewollt habe, fehle es an der Kausalität. Ein solcher Wille sei zwar eine "moralische Schändlichkeit", jedoch nur ein seelischer Vorgang, "eine bloße cogitatio, und cogitationis poenam nemo patitur"⁴⁰⁾.

Von dem Satz ausgehend: "Ein rechtsverletzender Erfolg kann nur dem zugerechnet werden, in dessen Verhalten die Ursache desselben zu suchen ist"⁴¹⁾, entwickelt Krug seine eigene Lehre.

Wenn auch "das Unterlassen an sich" nicht Ursache des Erfolgs sein könne, so könne es doch dadurch mit dem Erfolg in Ursachenzusammenhang treten, daß es "Bestandtheil der positiven Handlungsweise des Unterlassers" werde, m. a. W., daß es "mit Handlungen desselben, die mit dem Erfolge im Causalverhältniß stehen, in Verbindung" trete. Diese Handlungen seien aber nicht (wie Luden irrig angenommen hat) diejenigen, die der Unterlassende während der Zeit, in der er hätte tätig sein sollen, vornehme, sondern es seien "die vorhergehenden Handlungen, durch welche er sich ... zu einer gewissen bestimmten Thätigkeit verpflichtet" habe⁴²⁾.

39) Diese zwingende Folgerung bei Anwendung der Äquivalenztheorie versuchte man später zu vermeiden, indem man nicht die Unterlassung hinwegdachte und untersuchte, ob dann der Erfolg entfällt, sondern die unterlassene Handlung, die den Erfolgseintritt wahrscheinlich verhindert hätte, hinzudachte und dann nicht etwa nur die hypothetische Kausalität dieser nicht vorgenommenen Handlung feststellte, sondern von der festgestellten hypothetischen Kausalität auf eine Unterlassungskausalität, die nun plötzlich vorhanden sein sollte (Hypostasierung!), schloß (vgl. z. B. RG JW 1937, 3087 [3090], und die zahlreichen Nachweise bei Frede, S. 18. Neuerdings auch wieder Granderath, S. 68). Ein unzulässiges Vorgehen angesichts der Tatsache, daß es sich bei der Kausalität um ein reales Verhältniß, um ein Verhältniß von verschiedenen Seienden zueinander, nicht um ein Verhältniß von Nichtseienden zu Seienden handelt (vgl. u. S. 67 ff.).

Diese seine "Theorie der vorhergehenden Handlung" erläutert Krug an Hand von Beispielen: Im Fall des ertrinkenden Schwimmers sei ein Kausalzusammenhang zwischen dem Tod des Schwimmers und dem untätigen Zusehen einer am Ufer stehenden Person grundsätzlich nicht vorhanden. Das ändere sich sofort unter der Voraussetzung, daß der Zuschauer dem Schwimmer versprochen habe, ihm, wenn er ermatte, eine Stange zu reichen. "Habe ich ein solches Versprechen gegeben und unterlasse dann es zu erfüllen, so ist meine Unterlassung allerdings die Ursache des erfolgenden Todes, aber sie ist es nur in Verbindung mit dem vorherigen Versprechen. Denn dieses Versprechen war es, welches den Schwimmer bestimmte, auf meine Hilfe zu rechnen".⁴³⁾ Durch das Versprechen seien also mittelbar die Naturkräfte, die zum Tod führten, in Bewegung gesetzt worden, denn das Versprechen habe den Schwimmer bewogen, sich in eine Lage zu versetzen, wo die Naturkräfte ihn überwältigen konnte.

Krug hat mit diesen Ausführungen zwar einen Zusammenhang zwischen dem Versprechen (einer Handlung) und einem Erfolg begründet, nicht aber einen Kausalzusammenhang zwischen dem Unterlassen und dem Erfolg, auch nicht "in Verbindung mit dem vorherigen Versprechen". Selbst der Zusammenhang zwischen dem Versprechen und dem Entschluß des Schwimmers, sich in eine gefährliche Lage zu begeben, ist kein Kausal-, sondern allenfalls ein Motivierungszusammenhang in dem Sinne, als der Versprechende in dem Versprechensempfänger ein Motiv gesetzt hat, daß diesen beeinflusst, sich für das Schwimmen zu entscheiden. Dem Schwimmer stand trotz dieser Motivation frei, sich gegen das Schwimmen zu entscheiden. Deshalb kann das Versprechen nicht Ursache für den Entschluß des Schwimmers sein. Wäre es Ursache, so hätte das Versprechen notwendig zur Folge, daß der Versprechensempfänger sich für das Schwimmen "entscheidet". Daß

40) Krug, S. 33

41) Krug, S. 34

42) Krug, S. 34

43) Krug, S. 34

das nicht der Fall ist, läßt sich einfach dadurch feststellen, daß man einem ängstlichen Nichtschwimmer Hilfe beim Schwimmen verspricht. Man wird wohl vergeblich darauf warten, daß er "ins Wasser geht".

Im übrigen ist Krug die Subsumtion unter seine eigene Prämisse schuldig geblieben: Wieso ist das Unterlassen des "versprechenden" Zuschauers "Bestandteil der positiven Handlungsweise", nämlich seines Versprechens geworden⁴⁴⁾? Wie kann überhaupt eine Nichthandlung, die im Zeitpunkt der Vornahme der Handlung nicht Teil dieser Handlung war, nachträglich, wenn die Handlung schon geschehen ist, noch Teil dieser Handlung werden? Unterstellt man einmal, die Nichthandlung werde Bestandteil der Handlung, dann hätte diese Handlung einander ausschließende Inhalte, wäre also ontologisch nicht möglich, ihr Begriff hätte einander ausschließende Merkmale, wäre also unzutreffend.

Ähnliche Einwände lassen sich gegen das weitere von Krug angeführte Beispiel des Eisenbahnwärters, der es unterläßt, die Weiche zu stellen, vorbringen. Krug meint, die Unterlassung des Wärters sei "ganz gewiß" als Ursache des Unglücks zu betrachten, und zwar weil er sich zur richtigen Stellung der Schienen (vorher) verpflichtet und dadurch veranlaßt habe, daß der Lokomotivführer sich auf ihn verließ⁴⁵⁾. Wodurch aber, so fragt man sich, unterscheidet sich hinsichtlich der Kausalität das Unterlassen des Bahnwärters von dem eines zufällig des Wegs kommenden Passanten? Wie ist das Unterlassen "Bestandteil der positiven Handlungsweise" geworden, die hier in der Eingehung des Dienstverhältnisses besteht? Wie kann das pflichtwidrige Unterlassen Bestandteil des diese Pflicht mittelbar bedingenden Vertrages⁴⁶⁾ geworden sein?

Als Handlungen, die der Unterlassung vorhergehen, kommen nach Krug nur solche in Betracht, durch die man sich zu einer bestimmten Tätigkeit verpflichtet hat. Diese Pflicht, die immer auf einer vorausgegan-

44) vgl. hierzu auch die Kritik bei Aldosser, S. 14 ff.

45) Krug, S. 35

46) vgl. Ernst Wolf, Festschrift für Herrfahrdt, S. 202 ff.

nen Handlung beruhen müsse⁴⁷⁾ und durch die der erforderliche Kausalzusammenhang begründet werde, müsse eine spezielle sein, d. h. eine solche, "vermöge deren darauf gerechnet werden muß, daß in Hinsicht auf ein bestimmtes zum Voraus erwartetes oder besorgtes Ereigniß eine bestimmte positive Handlung von dem Verpflichteten, und grade von diesem, in dem entscheidenden Momente vorgenommen werden"⁴⁸⁾. Ein Nachtwächter sei zwar verpflichtet, Feuerschaden zu verhüten. Jedoch sei er, wenn er ein bestimmtes entstandenes Feuer in der Scheune seines ihm verhaßten Nachbarn nicht lösche, nicht wegen Brandstiftung zu bestrafen; seine Verpflichtung sei nur eine generelle. Anders sei der Fall dann zu beurteilen, wenn der Wächter nach Löschung des Brandes "beordert worden wäre, darüber zu wachen, daß die in der Asche noch glimmende Glut nicht wieder hervorbreche". Dann sei seine Pflicht eine spezielle⁴⁹⁾. Diese Differenzierung ist wie bei Spangenberg durch die mangelnde Analyse der Gattungshandlungsschuld bedingt⁵⁰⁾. Krug verkennt, daß nicht nur im zweiten, sondern auch im ersten Fall eine Einzelhandlungsschuld und damit i. S. Krugs eine spezielle Pflicht vorliegt.⁵¹⁾

Die Handlung, aus welcher die vorausgehende spezielle Verpflichtung zu positiver Tätigkeit hervorgehe, kann nach Krug in einer förmlichen Dienstverpflichtung, aber auch in einem Privatversprechen bestehen⁵²⁾. Damit wendet sich Krug den Rechtsgründen zu, die das Entstehen der Rechtspflichten bedingen. Dienstverpflichtung und Privatversprechen waren bisher unter dem Begriff "Vertrag" als Entstehungsgrund anerkannt. Krug fügt nun - immer unter dem Gesichtspunkt der Kausalität -

47) Krug schließt hier alle allgemeinen Bürgerpflichten und gesetzliche Pflichten aus (S. 36). Aus diesen Pflichten könne kein Kausalzusammenhang "entspringen", weil es an einer denselben begründenden Handlung fehle (S. 37).

48) Krug, S. 38

49) Krug, S. 38

50) vgl. oben S. 24 ff.

51) Gegen die Differenzierung von Krug auch Aldosser, S. 18 f., allerdings mit nur teilweise zutreffender Begründung

52) Krug, S. 39

einen weiteren Entstehungsgrund hinzu. Er führt aus, die Handlung, die die Rechtspflicht begründe, könne auch eine "solche sein," aus welcher ihrer Natur nach eine Verpflichtung zu speciellem positiven Handeln hervorgeht. Es gehören dahin alle gemeingefährlichen Handlungen. Denn eine gemeingefährliche Handlung ist eine solche, durch welche Naturkräfte in Bewegung gesetzt werden, die, wenn man sie nicht bewacht und beschränkt, ein Unglück herbeiführen können und unter Umständen herbeiführen müssen. Wer sie unternimmt, ist daher eo ipso verpflichtet, mit Vorsicht zu verfahren und jeden möglichen Nachteil nach Kräften abzuwenden, weil, wenn er dies nicht thut, das Unglück aus seiner gefährlichen Handlung hervorgeht, folglich mit seiner positiven Thätigkeit in Causalzusammenhang steht.⁵³⁾ Jedoch sind nach Krug nicht nur die gemeingefährlichen Handlungen geeignet, den Kausalzusammenhang zu begründen: "Auch wer einen einzelnen Menschen in eine Lage versetzt, in welcher er ohne seine Hilfe zu Schaden kommen muß, wird für den Erfolg verantwortlich, wenn er ihm diese Hülfe versagt."⁵⁴⁾ Hierher rechnet Krug - im Gegensatz zu Stübel - nicht nur die rechtswidrigen Vorhandlungen, sondern auch rechtmäßige Vorhandlungen. Im Falle der Kindestötung durch Verwahrlosung z. B. habe die Mutter durch ihre vorausgegangenen Handlungen das Kind in ein hilfloses Dasein gerufen, sie sei es daher, deren Handlungsweise den Tod des Kindes verursache, wenn sie sich den dadurch übernommenen Mutterpflichten entziehe.

Eine Rechtspflicht zum Handeln hier aus einer Vorhandlung (Zeugungs- oder Geburtsakt?) abzuleiten, ist absurd und widerspricht im übrigen der Krugschen Lehre, wonach die Rechtspflicht eine spezielle sein muß, eine generelle dagegen nicht genügt. Nur um die letzte kann es sich in dem hier angezogenen Beispiel nach der Ansicht Krugs handeln, da die Rechtspflicht, sieht man den Geburtsakt als die Vorhandlung an, im Zeitpunkt der Vorhandlung ihrem Inhalt nach noch nicht individuell be-

53) Krug, S. 39 f.

54) Krug, S. 40

stimmt ist, sieht man den Zeugungsakt als Vorhandlung an, im Zeitpunkt der Vorhandlung noch gar nicht entstanden ist.

Ebenso abwegig ist ein weiteres von Krug angeführtes Beispiel. Er meint, derjenige, in dessen Haus sich jemand eingesperrt hat, weil er eine nur von außen zu öffnende Tür ins Schloß fallen ließ, sei zur Befreiung des Eingesperrten verpflichtet, weil dem Hauseigentümer die Übernahme der Wohnung mit einem solchen Türschloß als Handlung anzurechnen sei⁵⁵⁾.

Diese Handlung ist sicher nicht geeignet, eine individuelle Gefahr für irgend jemanden zu begründen⁵⁶⁾. Wenn Krug trotzdem die Entstehung einer Rechtspflicht auf Grund der Vorhandlung bejaht, so ist das mit seiner eigenen Lehre nicht in Einklang zu bringen und im übrigen vom - dazu noch unzutreffenden - Ergebnis her bestimmt.

Zusammenfassend teilt Krug die in Betracht kommenden Vorhandlungen in zwei Gruppen ein:

1. "... solche, durch welche Naturkräfte unmittelbar in Tätigkeit gesetzt worden sind, die ohne die abwehrende Tätigkeit des Handelnden schädlich werden können";
2. "... solche, durch welche Andere veranlaßt werden, im Vertrauen auf die abwehrende Tätigkeit des Handelnden Naturkräfte in gefährliche Bewegung zu setzen, mit anderen Worten, sich in Gefahr zu begeben, oder Andere in eine gefährliche Lage zu bringen." Handlungen dieser Gruppe sind "Versprechungen, öffentliche oder private".⁵⁷⁾

55) Krug, S. 41

56) Sechzig Jahre später erfindet Traeger deshalb für diese Fall eine Rechtspflicht, die sich aus dem "Herrschaftsbereich" ergeben soll (vgl. Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 109). Ansätze für diese Ansicht enthalten schon die Ausführungen von Zirkler, Rechtslexikon, S. 143 f.; vgl. auch v. Bar, Causalzusammenhang, S. 100, und Gesetz und Schuld I, S. 155

57) Krug, S. 42

Die zweite Gruppe kann im folgenden außer Betracht bleiben. Die dort genannten Fälle, abgesehen von dem Schwimmer-Beispiel, wurden und werden unter dem Gesichtspunkt der gesetzlich oder rechtsgeschäftlich begründeten oder tatsächlich übernommenen Verbindlichkeit, nicht aber unter dem der Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun behandelt⁵⁸⁾.

Die rechtspflichtbegründenden Handlungen der ersten Gruppe dagegen - und damit, wie Krug irrig meint, auch die folgenden Unterlassungen - stehen zwar mit dem späteren Erfolg in Ursachenzusammenhang. Sie lassen jedoch klar das eigentlich Problematische in der Krugschen Lehre erkennen. Krug führt selbst aus, daß nach seiner Lehre "das eigenthümliche Verhältniß" eintrete, "daß der dolus nicht der Begleiter der verpflichtenden Handlung, sondern erst der den Erfolg derselben vermittelnden Unterlassung zu sein" pflege⁵⁹⁾. Was Krug das "eigenthümliche Verhältniß" nennt, ist die fatale Notwendigkeit der Anerkennung eines im Strafrecht zu Recht verpönten dolus subsequens.

Krug versäumt es im übrigen zu erörtern, aus welche Weise die Vorhandlung mit der Unterlassung "in Verbindung tritt", auf welche Weise die Unterlassung Bestandteil der Vorhandlung wird. Stattdessen zählt er einen Katalog von rechtspflichtbegründenden Vorhandlungen auf, ohne zu bemerken, daß er dadurch einem Zirkelschluß verfällt: Kausalzusammenhang zwischen Unterlassung und Erfolg ist zu bejahen, wenn der Unterlassende ohne Handlung nicht vornimmt, zu der er verpflichtet ist; zu dieser Handlung ist er verpflichtet, wenn die Unterlassung Bestandteil der kausalen Vorhandlung ist, die Unterlassung also kausal ist.⁶⁰⁾

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß Krug der Urheber der späteren Lehre von der Entstehung der Rechtspflicht aus vorangegangenen

58) Es handelt sich in diesen Fällen im übrigen auch nicht um die Begründung von Ursachenzusammenhängen, vgl. dazu oben S. 47 f.

59) Krug, S. 43

60) Dieser Fehler ist von Glaser, Abh., S. 393 f., ausführlich dargelegt worden. Vgl. auch Rohland, Unterlassung, S. 12 f.; Aldosser, S. 20 f., und v. Bar, Causalzusammenhang, S. 93

Tun ist. Wenn auch immer unter dem Gesichtspunkt der Kausalität nimmt Krug die von Feuerbach begründete Lehre insoweit wieder auf, als für die Rechtspflicht der Vertrag als Entstehungsgrund in Frage kommt (die Rechtspflichtbegründung aus Gesetz lehnt Krug - unter dem Gesichtspunkt der Kausalität! - ab, da durch Gesetz nur generelle, nicht aber spezielle Pflichten entstehen können⁶¹⁾). Er knüpft dann der Sache nach an Stübel an, indem er dessen Lehre übernimmt, daß auf Grund rechtswidriger Vorhandlungen eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung entstehen kann. Nach ihm sind jedoch auch die Vorhandlungen rechtspflichtbegründend, die rechtmäßig sind. Damit hatte er innerhalb der Kausalität den Grundstein für die später sich immer weiter ausbreitende Lehre von der Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun gelegt. Seine Forschungen wurden zunächst die Grundlage für die Ausführungen von Glaser⁶²⁾, der die Lehren von Krug wesentlich förderte.

c) Glaser

Im Gegensatz zu Luden unterscheidet Glaser scharf zwischen Gebot und Verbot⁶³⁾. Während die Handlung strafrechtlich nur die Übertretung eines Verbots sein könne, komme die Unterlassung sowohl als Übertretung eines Verbots als auch als Verletzung eines Gebots in Betracht. Diejenigen Unterlassungen, die die Verletzung eines Gebots beinhalten, seien die (echten) Omissivdelikte. Bei der Frage, ob auch der Tatbestand eines Kommissivdelikts durch Unterlassung begründet werden könne, sieht Glaser das entscheidende Problem im Nachweis der Ursächlichkeit⁶⁴⁾. Wie sein Vorgänger Krug geht auch Glaser davon aus, daß die Unterlassung an sich nicht ursächlich ist. "Soll der Thatbestand eines Verbrechens gegeben sein, so muß sich zeigen, daß der zum Begriff desselben gehörige Erfolg zur Thätigkeit eines bestimm-

61) Krug, S. 36

62) Glaser, Abh., S. 289 ff., insbes. 392 ff., und Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung 1857, 153 ff. - Vgl. auch Rohland, Unterlassung, S. 13

63) Glaser, Abh., S. 289 ff.

64) Glaser, Abh., S. 293 ff.

ten Menschen im Verhältniß der Wirkung zur Ursache steht.⁶⁵⁾ Dabei sei es nicht notwendig, "daß die wirkende Ursache unmittelbar durch die physischen Kräfte eines Menschen in Bewegung gesetzt wurde"; es genüge ein mittelbarer Zusammenhang (Anstoß zu einer "Verkettung von Zwischenursachen"); es genüge ebenfalls, "daß der Mensch der bereits in Bewegung gesetzten Kraft die Richtung gegen ein bestimmtes Object gab, oder ihre Wirksamkeit steigerte, sicherte, ja auch nur beschleunigte." Von einem Ursachenzusammenhang könne jedoch nicht die Rede sein, wenn "Anstoß und Verlauf jener Kette von Ursachen, an deren Ende der strafbare Erfolg (stehe), ganz außerhalb des Bereichs seines wirklichen Thuns" liegen, wenn der Mensch nur den Eintritt des Erfolgs hätte hindern können⁶⁶⁾. Zur Feststellung der Kausalität benutzt er eine Formel, die später in ähnlicher Form von den Anhängern der Äquivalenztheorie benutzt wird: "... versucht man es, den angeblichen Urheber ganz aus der Summe der Ereignisse hinwegzudenken, und zeigt sich dann, daß nichtsdestoweniger die Reihenfolge der Zwischenursachen dieselbe bleibt; so ist klar, daß die That und deren Erfolg nicht auf die Wirksamkeit dieses Menschen Zurückgeführt werden können."⁶⁷⁾

Infolge dieses Ausgangspunkts ist Glaser - ähnlich wie vor ihm Luden und Krug - gezwungen, eine Handlung des Unterlassenden nachzuweisen, um die Kausalität zwischen dem Verhalten des Unterlassenden und dem Erfolg und damit die Strafbarkeit der (unechten) Unterlassung zu begründen. Bei dieser Begründung unterscheidet er zwei "Classen" von Delikten. "In die eine gehören jene, welche durch die materielle Einwirkung auf die Außenwelt begründet werden; zu der andern jene, welche auf psychische Einwirkungen beruhen."⁶⁸⁾ In der zweiten "Classe" erörtert Glaser hauptsächlich die Fälle der Beihilfe durch Unter-

65) Glaser, Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung 1857, 161; vgl. auch Abh., S. 297

66) Glaser, Abh., S. 298

67) Glaser, Abh., S. 298, und Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung 1857, S. 161

68) Glaser, Abh., S. 299

lassen⁶⁹⁾, die er im Ergebnis wie die übrigen Unterlassungsfälle lösen will. Diese Gruppe kann daher im folgenden vernachlässigt werden. Bei der ersten "Classe" sei ein bloß negatives Verhalten, also ein bloßes Unterlassen nicht denkbar. Wenn jemand z. B. Pferde vor einem Wagen antreibe und es nur unterlasse, sie zum Stehen zu bringen, wenn ein Mensch auf ihrem Wege liege, so liege der "nächste Anlaß der Verletzung" zwar in dem negativen Verhalten des Täters, darin, daß er nichts getan habe, um den bevorstehenden Erfolgeintritt zu verhindern, so daß man sagen könnte, ihm falle nur zur Last, daß er die Pferde nicht rechtzeitig angehalten habe. Es sei jedoch nicht zu verkennen, daß die eigentliche Ursache der Verletzung das Antreiben der Pferde durch den Täter⁷⁰⁾, also die der Unterlassung vorangegangene Handlung sei. An dieser Stelle steht Glaser nun vor der gleichen Kalamität wie Krug, nämlich vor der Notwendigkeit, den *dolus subsequens* anzuerkennen. Das versucht Glaser zu vermeiden. Er erkennt nicht, daß Fälle denkbar sind, in denen die vorausgegangene Handlung unter Umständen vorgenommen wurde, unter denen "das dadurch allein gesetzte Factum weder zum Dolus noch zur Culpa zugerechnet werden" könne. Das habe jedoch mit dem Kausalzusammenhang zunächst nichts zu tun⁷¹⁾, sondern habe nur zur Folge, daß die Handlung deshalb nicht strafbar sei, weil der *dolus*, die folgende Unterlassung deshalb nicht, weil der Kausalzusammenhang fehle. Dieses Ergebnis sei aber nur eine Folge der unrichtigen Auffassung, die beim Verhalten des Täters zwischen einem diesem zurechenbaren Teil und einem diesem nicht zurechenbaren Teil unterscheide. Die Handlung müsse so genommen werden, "wie sie criminalistisch allein aufgefaßt werden darf - nämlich als ein Ganzes. Von dem Augenblick angefangen,

69) Glaser, Abh., S. 323 - 325

70) Glaser, Abh., S. 299 f.

71) Glaser, Abh., S. 300, und Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung 1857, S. 161

wo der Mensch zu dem Object der Verletzung in eine thatsächliche Beziehung tritt, bis zu dem, wo der Bestand oder Nichtbestand der Verletzung von seiner Willkühr völlig unabhängig geworden ist, - in dieser ganzen Zeit bildet sein positives und negatives Verhalten ein Ganzes. Innerhalb dieses Zeitraums muß denn auch, wenn von dolosem Handeln die Rede sein soll, der Dolus eingetreten sein, und das Benehmen des Thäters bestimmt haben; daß aber dieser Dolus von dem ersten Augenblick an, in welchem die thatsächliche Beziehung begann, eingetreten sein müsse, wird wohl Niemand ernstlich verlangen. Indem der Dolus in die getroffenen Vorbereitungen hineintritt und den Handelnden antreibt, sie seinem neugefaßten Zwecke dienstbar zu machen, gibt er ihnen rückwirkend den verbrecherischen Charakter, d. h. er stellt sie mit den in böser Absicht betroffenen Vorbereitungen gleich. ⁷²⁾ Erst da, wo der Eintritt der Verletzung vom Wollen oder Nichtwollen des Täters nicht mehr abhängt, sei die Grenze dessen, was Glaser als "ein Ganzes" bezeichnet ⁷³⁾.

Als erstes Ergebnis stellt Glaser dann fest: "Eine schuldhafte ... Unterlassung bewirkt, daß derjenige, welchem sie zur Last fällt, für den durch sein (an sich unsträfliches) Handeln herbeigeführten zum Thatbestand eines Delicts gehörigen Erfolg verantwortlich gemacht und als Urheber desselben gestraft wird. ⁷⁴⁾

Mit dieser Argumentation glaubt Glaser der Notwendigkeit der Anerkennung eines dolus subsequens erfolgreich ausgewichen zu sein. Das ist jedoch nicht der Fall. Wie bei Krug so ist auch bei Glaser Ursache des Erfolgs eine schuldlose Vorhandlung, der eine schuldhafte Unterlassung, damit also die Schuld nachfolgt. Somit ist es auch nach der Lehre von Glaser notwendig, den dolus subsequens anzuerkennen. Das glaubt Glaser zu vermeiden, indem er Vorhandlung und Unterlassung, das Verhalten des Täters "von dem Augenblick ..., wo (er) zu dem Object der Verletzung in eine thatsächliche Beziehung tritt, bis zu dem, wo der Bestand oder Nichtbestand der Verletzung von seiner Willkühr

72) Glaser, Abh., S. 301; wörtlich übereinstimmend in Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung 1857, S. 162 (vgl. auch S. 193 f.)

73) Glaser, Abh., S. 302

74) Glaser, Abh., S. 303; so auch Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung 1857, S. 162

völlig unabhängig geworden ist", als "ein Ganzes" bezeichnet. Für diese Ausführungen bleibt Glaser jede Begründung schuldig.

Unklar ist daran erstens, was unter "In-tatsächliche-Beziehung-Treten" zu verstehen ist⁷⁵⁾. Da damit etwas anderes als die Handlung oder die Kausalität zwischen Handlung und Erfolg gemeint ist, lassen sich keine Merkmale für diese Beziehung angeben. Das Gemeinte (?) ist begrifflich nicht bestimmt. Man kann daher in diese Wortverbindung hineinlesen, was man will.

Glaser unterläßt es zweitens zu begründen, wieso diese "Beziehung" geeignet sein soll, den Täter für das "Ganze" verantwortlich zu machen⁷⁶⁾. Der Grund dafür, daß ein Täter für sein Verhalten verantwortlich gemacht wird, kann nur darin liegen, daß der Täter sich zu diesem und nicht zu einem andern Verhalten entschlossen hat, nicht aber darin, daß er zu einem Erfolg "tatsächlich in Beziehung tritt".

Vollends unbegründet und unbegründbar ist drittens die Annahme, Vorhandlung und Unterlassung seien "ein Ganzes". Dieses als Einheit gedachte "Ganze" ist schon begrifflich nicht möglich, weil es einander ausschließende, sich also gegenseitig aufhebende Merkmale enthält: Körperbewegung und Körperruhe, ein Entschluß mit dem Inhalt, eine bestimmte Körperveränderung herbeizuführen, und ein Verhalten mit dem Inhalt, eine bestimmte Körperveränderung nicht herbeizuführen, Handlungswille und fehlender Handlungswille, Schuld und Nichtschuld. Das alles soll ein Ganzes sein. Mit gleichem Recht läßt sich behaupten, Schlafen und Wachen, Stehen und Laufen, Leben und Sterben seien jeweils ein Ganzes, wobei die menschliche Existenz die tatsächliche Beziehung ist. Diese Annahme ist bereits logisch unrichtig, muß somit auch notwendig ontologisch falsch sein: Was den logischen Gesetzen widerspricht, ist notwendig unwahr⁷⁷⁾. Glaser übersieht bei seiner

75) vgl. dazu die Kritik bei v. Bar, Causalzusammenhang, S. 94

76) vgl. dazu auch A. Merkel, Abh., S. 84 f. (insbes. zu den "unmöglichen Konsequenzen" der Ansicht von Glaser: S. 85 f.), und Rohland, Unterlassung, S. 23 ff.

77) Ernst Wolf, Duden-Grammatik oder deutsche Sprache, Vortrag im Hessischen Rundfunk am 28. 11. 1966 in der Sendung "Wissen im Wandel", S. 11 des Manuskripts

Annahme, daß die Vorhandlung im Zeitpunkt ihrer Vornahme abgeschlossen ist. Weder ihr Erfolg, noch die durch die Körperveränderung ausgelöste Kausalität, die zu diesem Erfolg führt, sind Bestandteile der Handlung. Daß der Erfolg nach Vornahme der ihn bedingenden Handlung durch eine neue Handlung noch abgewendet werden kann, darf nicht zu dem Fehlschluß verleiten, daß das, was bis zum Wegfall der Beherrschbarkeit des Kausalablaufs geschieht, eine Einheit sei. Wird z. B. die Handlung, durch die der infolge der Vorhandlung drohende Erfolg abgewendet werden kann, vorgenommen, so kann diese zweite Handlung nicht mit der ersten Handlung "ein Ganzes" bilden, können also zwei Handlungen nicht ein Handlung sein. Entsprechend ist die Vorhandlung und die ihr folgende Unterlassung nicht "ein Ganzes".

Glaser begründet viertens nicht, wieso der später (im Zeitpunkt der Unterlassung) gefaßte Vorsatz der vorausgehenden Handlung "rückwirkend den verbrecherischen Charakter" gibt und wieso dieser spätere Vorsatz und seine Rückwirkung etwas anderes ist als die Annahme eines *dolus subsequens*. Unterstellt man einmal, daß eine solche Rückwirkung möglich sei, wozu bedarf es dann noch der Unterlassung, da doch durch den späteren Vorsatz die vorausgehende Handlung zum schuldhaften Verbrechen und damit strafbar geworden ist⁷⁸⁾. Wieso ist es dann überhaupt noch nötig, von einem Unterlassungsdelikt zu reden?

Insgesamt bleibt somit nur die Feststellung, daß auch die Glasersche Lehre dagegen verstößt, daß die Schuld im Zeitpunkt der Handlung bzw. der Unterlassung vorliegen muß, damit überhaupt von einem strafbaren Verhalten die Rede sein kann. Sein Versuch, diesen Fehler von Krug zu vermeiden, ist gescheitert⁷⁹⁾. Handlung und Unterlassung sind zwei verschiedene Arten menschlichen Verhaltens und trotz Vorliegens jeder "Beziehung" nie "ein Ganzes".

78) Rohland, Unterlassung, S. 27 f., glaubt an dieser Stelle irrig, Glaser sei deshalb, weil nach ihm zu der vorausgegangenen Handlung die Unterlassung für die Strafbarkeit hinzukommen müsse, genötigt, der Unterlassung Kausalität zuzuerkennen. - Wie hier Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 34

79) Im Ergebnis ähnlich Aldosser, S. 29

Insoweit bringt die Lehre von Glaser, als sie sich mit der vorangegangenen Handlung befaßt, gegenüber der von Krug noch nichts Neues.

Glaser versucht nun im folgenden diejenigen Unterlassungsfälle, bei denen jedes "Einwirken" des Unterlassenden durch eine Vorhandlung fehlt, bei denen also die einzige "Beziehung" zwischen dem Verhalten des Unterlassenden und dem Erfolg darin besteht, daß der Unterlassende durch Vornahme einer bestimmten Handlung den Erfolgseintritt hätte verhindern können, hinsichtlich der Kausalität ähnlich zu konstruieren⁸⁰⁾. Er geht dabei von dem Krugschen Beispiel des ermatteten Schwimmers aus und meint, dessen Tod sei durch den untätig am Ufer Zusehenden nicht verursacht worden. Ob dieser Unterlassende zum Eingreifen verpflichtet gewesen sei oder nicht, ändere nichts daran, daß es an der Kausalität fehle. Er könne zwar - wenn es ein entsprechendes Gesetz gebe - wie der Urheber behandelt werden, sei aber nicht der Urheber. Zu einer solchen Gleichstellung bedürfe es einer positiven Anordnung, und solange eine solche fehle, könne wegen der bloßen Nichtverhinderung eines bestimmten Erfolgs trotz Bestehens einer Erfolgsabwendungspflicht niemand als Urheber desselben bestraft werden⁸¹⁾. Daß in bestimmten Fällen trotz Fehlens einer solchen Anordnung eine Bestrafung möglich sei, habe seinen Grund darin, "daß andere der Unterlassung vorhergegangene Umstände das Individuum mit dem eingetretenen Erfolg in eine engere Verbindung gebracht haben, als dieses bei anderen, welche sich der gleichen Unterlassung schuldig machten, der Fall ist; und daß häufig aus eben diesen Umständen auch eine Verpflichtung zum Handeln entspringt"⁸²⁾. Es sei für die Kausalität im Strafrecht nämlich nicht erforderlich, daß der Täter die unmittelbare Ursache gesetzt habe, es reiche vielmehr aus, daß er nur eine der Bedingungen des Erfolgseintritts erfüllt habe. "Wer also einen Anderen bestimmte, sich in eine Gefahr zu begeben, in welcher er um-

80) Glaser, Abh., S. 307

81) Glaser, Abh., S. 308 - 310; vgl. auch Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung 1857, S. 181, und Abh., S. 321

82) Glaser, Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung 1857, S. 182, und Abh., S. 311

kam, steht offenbar zu dem Tode dieses Letzteren schon in einer gewissen factischen Beziehung, welche, unter Umständen wenigstens, zur Herstellung des Causalnexus ausreicht. „83) Habe der dem Ertrinkenden Schwimmer Zusehender diesem vorher versprochen, ihm nöthigenfalls zu helfen, so begründe dieses Versprechen nicht nur die Pflicht zu helfen, sondern auch den Kausalzusammenhang: "Nicht weil er verpflichtet war, (den Schwimmer) zu retten, und es unterließ, erscheint er als Urheber seines Todes; sondern weil sein Versprechen, Hilfe zu leisten, es war, was (den Schwimmer) bestimmte, sich der Gefahr auszusetzen, der er erlag, weil er es also war, der ihm die Gefahr zugezogen hat. „84) Nicht durch seine Unterlassung, sondern durch sein positives Tun (welches allerdings durch die Unterlassung ergänzt werde) habe der Versprechende den Tod des Schwimmers herbeigeführt. Daraus leitet Glaser ab, daß u. U. das Vorhandensein einer Handlungspflicht die Bedingung sei, unter welcher die Unterlassung der Handlung als Herbeiführung einer Verletzung erscheine; "in der That aber sehen wir, daß dieses nur darum der Fall ist, weil die Existenz und die Übernahme dieser Verpflichtung eines der Glieder in der Kette der Ursachen dieses bestimmten Unfalles bildet. Nicht weil ein bestimmter Mensch die Verpflichtung hatte, einen Unfall abzuwenden, wird dieser als von ihm herbeigeführt angesehen, sondern deshalb, weil er durch Uebernahme jener Verpflichtung einen Stand der Dinge herbeiführte, in welchem allerdings die bloße Unterlassung schon ausreichte, um das Eintreten des Unfalls unvermeidlich zu machen. „85)

Die gesonderte Behandlung dieses Falles überrascht. Nachdem Glaser am Anfang der Erörterung ausführte, es seien Fälle strafbarer Unterlassungen denkbar, in denen es an jeder Einwirkung, m. a. W. einer ursächlichen Handlung fehle, in denen die Nichtvornahme einer hindern-

83) Glaser, Abh., S. 311. - Vgl. hierzu die Ausführungen zum Motivierungszusammenhang S. 47 f.

84) Glaser, Abh., S. 312

85) Glaser, Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung 1857, S. 182, und Abh., S. 313

den Handlung "die einzige Beziehung" zwischen dem Erfolg und dem Verhalten des Unterlassenden sei⁸⁶⁾, kommt er zu dem Schluß, daß in diesen Fällen "die Uebernahme" einer Verpflichtung eines der Glieder in der Kette der Ursachen, also eine ursächliche Handlung sei⁸⁷⁾, die gerade in diesem Beispiel fehlen sollte. Im übrigen fällt auf, daß die Ausführungen von Glaser zu dem Schwimmer-Beispiel besonders unbestimmt sind. So spricht er im Unterschied zu vorhergehenden Handlungen von "vorhergegangenen Umständen"⁸⁸⁾, die sich am Schluß doch wieder als vorhergegangene Handlung (Versprechen) erweisen; von einer "engeren Verbindung" und einer "gewissen factischen Beziehung"⁸⁹⁾, ohne zu definieren, was darunter zu verstehen ist. Diese "gewisse factische Beziehung" soll zur "Herstellung des Causalnexus" ausreichen, allerdings nur "unter Umständen"⁸⁹⁾. Warum und unter welchen Umständen sie ausreicht, bleibt unbeantwortet. Die Unschärfen, die Glaser bei Krug rügt⁹⁰⁾, sind bei ihm also in noch größerer Zahl vorhanden. Ihm ist es nicht gelungen, im Schwimmer-Beispiel den Ursachen- oder auch nur den Bedingungs Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Unterlassenden und dem Tod des Schwimmers zu begründen. Seine Ausführungen waren wohl auch nur dazu bestimmt, den oben gezeigten Zirkelschluß in der Argumentation von Krug zu vermeiden, indem er scharf zwischen der Handlungspflicht und der Übernahme dieser Pflicht unterschied, und nicht dem Bestehen der Pflicht, sondern der zu ihrer Entstehung führenden Handlung Ursächlichkeit zuschrieb. Damit bereitet Glaser⁹¹⁾ die Lehre von der Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun weiter vor. Er unterscheidet scharf zwischen der Kausa-

86) Glaser, Abh., S. 307 f.

87) Glaser, Abh., S. 313

88) Glaser, Abh., S. 311

89) Glaser, Abh., S. 311

90) Glaser, Abh., S. 393 f.

91) Die übrigen Ausführungen von Glaser, Abh. 314 ff., zu den sonst noch möglichen Fallarten bei Unterlassungsdelikten haben keinen Zusammenhang mehr mit dem Thema dieser Arbeit. Es kann insoweit auf die Kritik bei Rohland, Unterlassung, S. 28 ff., verwiesen werden.

lität der Vorhandlung und dem Bestehen einer Erfolgsabwendungspflicht. Er richtet sein Hauptaugenmerk bei der Erörterung der Vorhandlung zwar auf deren Kausalität, nimmt daneben aber an, daß die Vorhandlung geeignet ist, eine Handlungspflicht entstehen zu lassen. Für diese Annahme bleibt er die Begründung allerdings schuldig. Immerhin zeichnet sich in der Lehre von Glaser ab, daß nicht mehr nur der Kausalität der Unterlassung, sondern auch den Entstehungsgründen der Erfolgsabwendungspflicht Aufmerksamkeit gewidmet werden muß.

d) Adolf Merkel

Der letzte Schriftsteller, der sich unter Anlehnung an die Lehren von Krug und Glaser mit der Vorhandlung unter dem Gesichtspunkt der Kausalität befaßt⁹²⁾, ist im Jahre 1867 Adolf Merkel⁹³⁾. Von der Erkenntnis ausgehend, daß eine Unterlassung nicht kausal sein kann, versucht er, die Kluft, die zwischen der schuldlosen Vorhandlung und der schuldhaften Unterlassung entstanden ist und die zwangsläufig zur Anerkennung des *dolus subsequens* führen mußte, zu überwinden. Eine Möglichkeit dazu glaubt er in folgender Weise zu finden:

Es existiere eine rechtliche Verantwortlichkeit nur für das, was, wir in der Rechtssphäre Dritter in zurechenbarer Weise bewirken; nicht aber für das, was ohne unser Zutun innerhalb derselben vor sich gehe, für das, was wir fördern oder verhindern hätten können, aber nicht gefördert oder verhindert haben. Sollen wir daher in dieser letzteren Beziehung, also dafür, daß wir uns für die Zwecke Dritter nicht bemüht haben, juristisch verantwortlich gemacht werden, so müsse dafür ein spezielles rechtliches Fundament geschaffen sein⁹⁴⁾. Dieses rechtliche

92) Im Jahre 1899 kommt allerdings Guthmann, StrAbh. 20, S. 28, noch einmal auf diese Lehren zurück, indem er feststellt, nicht die Unterlassung, sondern allein die der Unterlassung vorausgegangene Handlung sei kausal für den Erfolg.

93) Merkel, Krim. Abh., S. 76 ff.

94) Merkel, Krim. Abh., S. 77

Fundament sieht Merkel in der "Rechtspflicht zu einer Wirksamkeit für fremde Zwecke", die - von der Begründung einer solchen durch eigene Handlungen des Verpflichteten abgesehen - "eine besondere gesetzliche Auflage" voraussetze. Nachdem er die echten von den unechten Unterlassungsdelikten geschieden hat⁹⁵⁾, sagt Merkel von den Kommissivdelikten, daß diese nur vorliegen, wenn "verletzende Veränderungen innerhalb der Rechtssphäre Jemandes ihre wirkende Ursache in dem Verhalten eines Dritten haben"⁹⁶⁾. Diese Ursache könne in einem rein passiven Verhalten, also in einer bloßen Unterlassung, nicht gelegen sein⁹⁷⁾; insoweit könne der Tatbestand eines Kommissivdelikts nicht erfüllt sein. Daran ändere sich auch dann nichts, wenn der Betreffende zur Vornahme des fraglichen Aktes gesetzlich verpflichtet sei⁹⁸⁾. Daraus, daß ein Nichtwirken für sich isoliert den Tatbestand eines Kommissivdelikts nicht herstellen könne, folge allerdings nicht, daß es bei Begehung eines solchen nicht "als die Kehrseite aktiven Verhaltens" eine Rolle spielen könne, da sich zahlreiche Verbrechenarten ihrer Begehungsweise nach "in Unterlassungen und positive Akte als in gleich wesentliche Bedingungen des verbrecherischen Erfolgs auseinanderlegen" lassen. Da die rechtliche Bedeutung der Unterlassung sich in diesen Fällen ausschließlich von den vorausgehenden aktiven Verhalten ableite, können nur Unterlassungen solcher Handlungen bei der Begehung von Kommissivdelikten als relevant erscheinen, "von welchen der Unterlassende die Integrität der Interessen des Anderen in irgendeiner Weise abhängig gemacht" habe⁹⁹⁾. Das sei der einzige Zusammenhang zwischen Wirken und Nichtwirken, aus welchem das letztere eine strafrechtliche Be-

95) Merkel, Krim. Abh., S. 78 f.

96) Merkel, Krim. Abh., S. 79

97) so auch Hälschner, GS 21, 98

98) Merkel, Krim. Abh., S. 80

99) Merkel, Krim. Abh., S. 81

deutung ableiten könne. Diese Unterlassungen können dann für den Eintritt irgendwelcher Verletzungen nur insofern und insoweit verantwortlich machen, als die Integrität des anderen - durch vorausgehende Handlungen - in zurechenbarer Weise auf die Vornahme der unterlassenen Handlungen gestellt worden sei¹⁰⁰⁾.

Offenbar im Bewußtsein der Unschärfe seiner Formulierung versucht Merkel zu erklären, was er in diesem Zusammenhang unter Zurechenbarkeit verstanden wissen will. Ob der Unterlassende im Zeitpunkt der Vorhandlung schon die Absicht gehabt habe, den als möglich vorausgesehenen Erfolg nicht abzuwenden, oder aber die Absicht gehabt habe, ihn abzuwenden, sei dafür ohne Bedeutung¹⁰¹⁾. Die Zurechenbarkeit der Verletzung werde dadurch so gewiß nicht berührt, als sowohl der objektive Kausalzusammenhang zwischen ihr und jener positiven Handlung, wie die Voraussehbarkeit dieser Folge der letzteren davon unabhängig stehe¹⁰²⁾. Es sei also nicht die "böse Absicht" zu schädigen im Zeitpunkt der Vorhandlung, sondern eben nur "die in Fragestellung .. (der) Integrität (fremder Interessen) dem Handelnden zuzurechnen", da die Verantwortlichkeit für die Folgen von Handlungen sich im allgemeinen in der Voraussehbarkeit ihres sicheren oder möglichen Eintritts begründen¹⁰³⁾. Sei eine solche Verantwortlichkeit nicht gegeben, so könnten die Folgen der Vorhandlung den Handelnden auch nicht zum Verbrecher stempeln: "Die nachfolgende Unterlassung erscheint für sich betrachtet als rechtlich indifferent, als ein juristisches Null, und

100) Merkel, Krim. Abh., S. 81 f. - Ähnlich sagt Hälschner, GS 21, S. 98 f., ein als Verbrechen strafbares Unterlassen sei nur möglich unter der Voraussetzung, daß dem Unterlassen ein Handeln des Schuldigen, durch welches er die Unverletztheit des Rechtes von seiner Tätigkeit abhängig machte, voranginge, also ein Handeln, in Verbindung mit welchem das spätere Unterlassen selbst als ein Verursachen erscheine.

101) Merkel, Krim. Abh., S. 82

102) Merkel, Krim. Abh., S. 83

103) Merkel, Krim. Abh., S. 82

in jener positiven Thätigkeit geht ihr ein weiteres Null voraus, von dem sie keine Bedeutung ableiten kann. „¹⁰⁴⁾ Damit weicht Merkel von Glaser in bezug auf die subjektive Seite des Unterlassungsdelikts ab. Er bezieht nicht den bei der Unterlassung auftretenden dolus auf die Vorhandlung fiktiv zurück, sondern versucht, im Zeitpunkt der Vorhandlung ein Schuldmoment, nämlich die durch Voraussehbarkeit der Folgen im Zeitpunkt der Vorhandlung gegebene Zurechenbarkeit, nachzuweisen. Von diesem Schuldmoment behauptet er, daß es durch die nachfolgende Unterlassung bedingt sei¹⁰⁵⁾.

Die Unhaltbarkeit dieser Lehre (insbesondere der Lehre von einer bedingten Schuld) braucht angesichts der umfassenden Kritik, die sie erfahren hat¹⁰⁶⁾, nicht mehr nachgewiesen zu werden. Merkel ist es ebenfalls nicht gelungen, das Auseinanderfallen von Unterlassung und Schuld zu vermeiden, gleichgültig ob man nun in seiner Lehre eine neue "geistreiche Konstruktion für den dolus subsequens" sieht¹⁰⁷⁾ oder annimmt, Merkel konstruiere statt einer nachfolgenden eine vorausgehende Schuld¹⁰⁸⁾ (dolus antecedens). Auffällig ist, daß innerhalb der Lehre von der Vorhandlung als Ursache die Unschärfen in der Begründung zugenommen haben. Während noch die Lehre von Krug die Anerkennung des dolus subsequens notwendig machte, was Krug indessen nicht störte, verfiel Glaser bereits auf die oben dargelegten Unklarheiten, die bei Merkel durch die Bezugnahme auf ein völlig unbestimmtes und begrifflich nicht mehr kontrollierbares "Abhängigmachen der Integrität von Interessen Anderer in irgendeiner Weise" und eine ebenso unbestimmte "Zurechenbarkeit, die nicht böse Absicht, sondern eben Zurechenbarkeit der in Fragestellung der Integrität fremder Interessen sei", noch größer wurden.

104) Merkel, Krim. Abh., S. 83

105) vgl. Merkel, Krim. Abh., S. 87

106) vgl. Binding, Normen II, S. 526 ff.; Rohland, Unterlassung, S. 37 ff.; Aldosser, S. 30 ff.; v. Buri, GS 21, S. 190 ff. und 203 ff.; Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 37 f.

107) so Aldosser, S. 34

108) so Rohland, Unterlassung, S. 41

Die Trennung zwischen der Vorhandlung als Ursache für den späteren Erfolg und der Vorhandlung als Entstehungsgrund für die Rechtspflicht zum Handeln ist bei Merkel - wie ähnlich schon bei Glaser - scharf durchgeführt. Die Unterlassung einer Handlung könne für den Eintritt einer Verletzung nur insoweit verantwortlich machen, als sie durch die vorausgehende Handlung zur Pflicht gemacht sei. Die Annahme einer "durch Unterlassungen vermittelten verbrecherischen Urheber-schaft" schließe daher immer die Annahme einer Verpflichtung zur Vornahme der unterlassenen Handlungen ein¹⁰⁹⁾, da eine Unterlassung niemanden zum Verbrecher stempeln könne, wenn sie nicht rechtswidrig sei, d. h. wenn sie nicht einer Rechtspflicht zum Handeln widerstreite. Von dem Entstehungsgrunde dieser Rechtspflicht meint Merkel, er werde häufig schwer zu formulieren sein, die Rechtspflicht werde nicht immer zu einem der benannten Verpflichtungsgründe des positiven Privatrechts oder öffentlichen Rechts in Beziehung gebracht werden können¹¹⁰⁾.

Damit, daß Merkel als Voraussetzung für die Strafbarkeit eine Verletzung oder Gefährdung der "Interessen Dritter" fordert¹¹¹⁾, hat er einen wesentlichen Gesichtspunkt, der schon von Spangenberg und Stübel richtig erkannt wurde, wieder aufgegriffen. Allerdings ist es erforderlich, das Wort "Interessen" durch den Begriff "subjektive Rechte" zu ersetzen; eine Interessenverletzung ist keine Rechtsverletzung.

109) Merkel, Krim. Abh., S. 88. - Ähnlich Merkel-Liepmann, S. 133 f.

110) Merkel, Krim. Abh., S. 88 Fn. 8. - In seinem Lehrbuch, S. 112 f., hält Merkel eine solche Beziehung offensichtlich nicht mehr für erforderlich: Da die unterlassenen Handlungen Bedingungen der Rechtmäßigkeit des vorangehenden Verhaltens seien, sei die Unterlassung dieser Handlungen pflichtwidrig. Die Pflicht zur Vornahme der Handlungen bedürfe daher keiner außerhalb dieses Zusammenhangs liegenden gesetzlichen Begründung.

111) Merkel, Krim. Abh., S. 83

Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß Merkel mit "Interessen" in Anlehnung an den damals aufkommenden Sprachgebrauch subjektive Rechte gemeint haben kann.¹¹²⁾

3. Zusammenfassung

Aus der dargestellten Entwicklung der zur Begründung der Unterlassungskausalität aufgestellten Lehren von der vorausgegangenen Handlung ergibt sich - abgesehen von den immer größer werdenden Unschärfen -, daß das Verhältnis zwischen Ursache und Schuld immer anomaler wurde. Für Feuerbach und seine Zeitgenossen, die die Unterlassung selbst als kausal ansahen, war das Verhältnis von Ursache und Schuld unproblematisch: Schuld mußte im Zeitpunkt der Unterlassung vorliegen. Erst infolge der von Luden und Krug entdeckten "relativ neuen Wahrheit"¹¹³⁾, daß eine Unterlassung nach dem Begriff Kausalität nicht ursächlich sein kann, wurden immer kompliziertere Konstruktionen erforderlich, um Schuld und Verursachung in das richtige Verhältnis zu bringen. Alle diese z. T. recht scharfsinnigen Versuche dürfen als gescheitert angesehen werden. Richtig war daran der Ausgangspunkt, daß die Kausalität ein reales Verhältnis zwischen zwei Seienden ist, die bloße Unterlassung zu einem Erfolg aber nicht in einem solchen Verhältnis stehen kann. Um trotzdem eine Kausalität nachzuweisen, wurde es notwendig, entweder auf eine während der Unterlassung vorgenommene Handlung (Luden) oder auf eine der Unterlassung vorausgegangene Handlung (Krug, Glaser, Merkel) abzustellen, deren Kausalität festzustellen, diese Handlung dann zu der Unterlassung in eine Beziehung zu setzen (Handlung und Unterlassung ist dasselbe (Handlung und Unterlassung ist dasselbe [Luden], Handlung und nachfolgende Unterlassung sind ein Ganzes [Glaser]) und von daher die Kausalität der Unterlassung zu behaupten. Es ist zwar für einige Fälle gelungen, die Kausalität der Vorhandlung nachzuweisen, nicht jedoch

112) vgl. Jhering, Geist III 1, § 60 (S. 328): "Rechte sind rechtlich geschützte Interessen". - So auch schon in der 2. Aufl. von 1871 und in der 1. Aufl. von 1865. Vgl. auch Merkel selbst in Holtzendorff-Encyklopädie, S. 38 ff. (§ 21), und in Juristische Enzyklopädie, 5. Aufl., S. 91 ff. (§§ 159 ff.), auch schon in der 1. Aufl. von 1885.

113) Binding, Normen II, S. 521

eine Beziehung zwischen Vorhandlung und Unterlassung, aus der die Kausalität der Unterlassung folgt. Dieser Nachweis konnte unter Zugrundelegung des realistischen Kausalitätsbegriffs nicht gelingen. Danach sind Ursache nämlich diejenigen (realen) Seienden (Bedingungen), die zu einem anderen, zeitlich späteren (realen) Seienden in einem realen Verhältnis bestimmter Art stehen, nämlich diejenigen Bedingungen, die der Grund einer bei Vorliegen dieser Bedingungen notwendig eintretenden Wirkung sind. Dieses Verhältnis ist bei der Handlung leicht nachzuweisen. Handlung ist nämlich eine von einem Menschen auf Grund eines Entschlusses durch Wollen in sich selbst bewirkte körperliche (oder geistige¹¹⁴⁾) Änderung. Die körperliche Änderung als Wirkung des Wollens (Ursache) ist ihrerseits als ein Seiendes Bedingung für einen außerhalb des Menschen eingetretenen Erfolg¹¹⁵⁾. Zwischen der körperlichen Änderung und dem Erfolg besteht ein reales Verhältnis¹¹⁶⁾, ein Kausalzusammenhang. Zwischen dem Entschluß und dem Wollen auf der einen Seite und dem durch die Handlung eintretenden Erfolg auf der anderen Seite besteht nur durch Vermittlung der Körperveränderung in dem Handelnden selbst Kausalzusammenhang.

Im Gegensatz zur Handlung ist die Unterlassung die Entscheidung eines Menschen, eine bestimmte körperliche Veränderung in sich selbst durch Wollen nicht zu verursachen. Bei der Unterlassung fehlt es also an einer körperlichen Veränderung in dem Unterlassenden selbst; die Unterlassung ist lediglich eine Entscheidung mit einem bestimmten Inhalt. Wie festgestellt besteht bei der Handlung zwischen dem Entschluß und dem durch die Handlung eintretenden Erfolg ein Kausalzusammen-

114) Die durch Wollen bewirkte geistige Änderung spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

115) Die durch Handlung bewirkte Selbstverletzung ist ein Sonderfall, der nur terminologische Schwierigkeiten bereitet. Hier kann man von einer Körperveränderung an sich selbst bewirkt durch die zur Handlung gehörende Körperveränderung in sich selbst sprechen. Die Selbstverletzung unterscheidet sich von der Körperveränderung in sich selbst dadurch, daß sie nicht Teil einer Handlung ist, wie auch sonst der durch die Handlung bewirkte Erfolg nicht Teil der Handlung ist.

116) Ebenso Armin Kaufmann, JuS 1964, S. 152 (I. Sp.), m. w. Nachw.

hang nur qua Vermittlung der Körperveränderung in dem Handelnden selbst. Fehlt es an dieser Körperveränderung, fehlt also die Vermittlung, so kann eine Entscheidung allein nie Urssache eines Erfolgs sein, der Außerhalb dieser Entscheidung und außerhalb des diese Entscheidung treffenden Menschen eintritt. Das aber bedeutet, daß eine Unterlassung nie kausal sein kann¹¹⁷⁾.

In der strafrechtlichen Lehre hat sich eine Gruppe von Autoren dieser Einsicht nicht länger verschlossen¹¹⁸⁾. Andere Autoren hingegen haben sich weiterhin um den Nachweis der Kausalität bei der Unterlassung bemüht. Hier mag der Hinweis auf die sog. Interferenztheorien¹¹⁹⁾ und die von Kohler angenommene Quasikausalität¹²⁰⁾ genügen¹²¹⁾. Die Diskussion um die Kausalität der Unterlassung geht von Merkel ab eigene Wege; sie spielt für die Lehre von der Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangenen Tun keine Rolle mehr. Die von Luden ausgelöste Entwicklung bricht insoweit bei Merkel ab.

Bei der Erörterung der Frage, welche Bedeutung der vorangegangenen Handlung bezüglich der Kausalität der Unterlassung zukommt, hatte man am Rande das Problem gestreift, inwiefern sich aus diesem Handeln eine Erfolgsabwendungspflicht ergeben kann. Krug war dabei davon ausgegangen, daß die vorhergehende Handlung eine Erfolgsabwendungspflicht begründe, und hatte daraus geschlossen, daß die gegen diese Pflicht verstoßende Unterlassung kausal sei für den Erfolg. Glaser hingegen sprach dem Bestehen der Erfolgsabwendungspflicht für die Kausalität die von

117) Grundsätzlich a. A. Hall, Erinnerungsgabe für Grünhut, S. 216 ff., insbes. S. 219

118) vgl. z. B. v. Liszt, 23. Aufl., S. 133, und 25. Aufl., S. 165, m. w. Nachw.; Hrehorowicz, S. 312 f. und S. 321, und die Nachweise bei Rohland, Unterlassung, S. 113 ff. Ferner Hälschner, GS 21 (1869), S. 98, und Loening, Grundriß, S. 17 f. Weitere Nachweise bei Frede, S. 16 Fn. 2.

119) vgl. v. Buri, GS 21, 196 ff., GS 27, 25 ff., ZStW 1881, S. 400 ff.; Ortman, GS 26, S. 446 ff., GS 27, S. 209 ff.; Binding, Normen II, S. 536 ff.; ähnlich Hälschner, Deutsches Strafrecht, S. 239 ff., Janka, 1. Aufl., S. 74, und Berger, Grünhut-Zeitschrift, Bd. 9, S. 734 ff.

120) vgl. z. B. Kohler, Leitfaden, S. 29, und Kohler, Studien, S. 45: "Causalismus der socialen Ordnung".

Krug angenommene Bedeutung ab. Er sah die Ursache allein in der Vorhandlung, die nach ihm allerdings wie bei Krug geeignet ist, eine Handlungspflicht zu begründen. Ähnlich meinte Merkel, die Verantwortlichkeit für die Unterlassung setze das Bestehen einer infolge der Vorhandlung entstandenen Handlungspflicht voraus; die Annahme der durch Unterlassung vermittelten Urhebererschaft schließe immer die Annahme einer Handlungspflicht ein.

Aus diesen in den Erörterungen zur Kausalität enthaltenen obiter dicta läßt sich entnehmen, daß Krug, Glaser und auch Merkel davon ausgingen, die Vorhandlung sei Entstehungsgrund für eine Rechtspflicht. Wie wenig Resonanz diese Ansichten (eingeschlossen die Ansicht von Stübel, die ganz in Vergessenheit geraten war¹²²) gefunden haben, zeigt die Tatsache, daß in der übrigen Literatur jener Zeit die Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun nicht erwähnt wird. Dazu einige belegende Stellungnahmen: Bauer erkennt nur eine Rechtspflicht an, welche "auf Gesetzesvorschrift, Amtspflicht, Vertrag oder auf gewissen natürlichen Verhältnissen" beruht¹²³). Köstlin geht sogar davon aus, daß eine Rechtspflicht nicht Voraussetzung für die Strafbarkeit eines unechten Unterlassungsdelikts ist, wenn er schreibt, die Strafbarkeit setze "in der Regel" das Bestehen einer speziellen Rechtsverbindlichkeit "durch Gesetz oder Vertrag" voraus; die Regel sollte "nicht ausnahmslos" aufgestellt werden¹²⁴). Oppenhoff spricht bei den Unterlassungsdelikten nur von "einer (nach Gesetz oder Vertrag) obliegenden Thätigkeit"¹²⁵).

121) vgl. im übrigen die Ausführungen bei Rohland, Unterlassung, S. 41 ff., die Nachweise bei Frede, S. 14, und bei Nagler, GS 111, S. 31 Fn. 72

122) vgl. oben S. 33 ff.

123) Bauer, Theilnahme, S. 424; vgl. auch S. 471 f. - In seinem Lehrbuch, § 64 I (S. 100), fordert Bauer "eine besondere Rechtspflicht zur positiven Thätigkeit". Da er sich dabei auf Spangenberg beruft, entspricht diese Äußerung seinen späteren Ausführungen in seiner Abhandlung über die Theilnahme, S. 424.

124) Köstlin, System, S. 212. - Vgl. auch (dort auf Vertragspflichten beschränkt) Köstlin, Abh., S. 147

125) Oppenhoff, StGB für die Preußischen Staaten, § 34 (S. 97 Anm. 57)

Heffter fordert für die Strafbarkeit der Unterlassungen zwar eine "Verpflichtung zu einem bestimmten Handeln", geht dabei jedoch nicht auf eine Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun ein¹²⁶⁾. Er geht im Gegenteil so weit, auch die Rechtspflicht aus Vertrag (offensichtlich unter dem Einfluß von Luden) abzulehnen und nur eine Verpflichtung "von Staats wegen", worunter er die Rechtspflichten aus Gesetz versteht, genügen zu lassen¹²⁷⁾. Hugo Meyer erwähnt das vorangegangene Tun zwar, erkennt es aber nicht als Entstehungsgrund für eine Rechtspflicht an, sondern sieht es als einen Tatbestand an, der zwar keine Rechtspflicht, aber die Möglichkeit begründet, den Unterlassenden für einen Erfolg verantwortlich zu machen. Meyer führt aus, daß es schwierig sei, den Umfang der strafbaren unechten Unterlassungsdelikte richtig zu begrenzen; eine genaue Erwägung werde dahin führen, daß dazu "nicht blos solche Fälle gehören, in denen eine specielle Rechtspflicht zum Handeln vorlag, sondern auch andere, insbesondere solche, in denen jemand durch sein eigenes, vorangegangenes Verhalten sich für den Nichteintritt eines bestimmten Erfolgs verantwortlich machte"¹²⁸⁾. Marezoll hält gar die Einteilung in Begehungs- und Unterlassungsverbrechen noch im Jahre 1856 für überflüssig und theoretisch veraltet, erörtert die Unterlassungsdelikte daher auch nicht¹²⁹⁾. Diese Beispiele, die sich beliebig vermehren lassen, mögen genügen.

Die wissenschaftlichen Erörterungen über die der Unterlassung vorausgehende Handlung und damit über die Kausalität der Unterlassung legten den Grund für die folgende Diskussion, in der der Entstehungsgrund für eine Erfolgsabwendungspflicht in der vorausgehenden Handlung gesehen wurde.

126) vgl. auch Berner, der sich mit den Entstehungsgründen der Rechtspflicht bis zur 18. Aufl. seines Lehrbuchs (1898), vgl. S. 118 f., nicht auseinandersetzt.

127) Heffter, 3. Aufl., S. 34, - wörtlich übereinstimmend mit den folgenden Auflagen seines Lehrbuchs bis zur 6. Aufl. (1857), S. 34

128) Hugo Meyer, Grundzüge, S. 31

129) Marezoll, 3. Aufl., S. 140, - so schon in der 1. Aufl. (1841), S. 100

Viertes Kapitel:

Die jüngeren Rechtspflichttheorien

Die Diskussion um die vorausgegangene Handlung war keineswegs beendet, nur wurde sie jetzt nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Kausalität, sondern unter dem der Rechtswidrigkeit der Unterlassung geführt.¹⁾ Von den obiter dicta bei Krug²⁾, Glaser³⁾ und Merkel⁴⁾ abgesehen finden sich die ersten allgemeinen Äußerungen zur Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun im Jahre 1869⁵⁾.

1. Die einzelnen Ansichten

a) v. Buri

Unter Ablehnung der bisherigen Kausalitätstheorien entwickelt v. Buri eine neue Lehre zu den Unterlassungsdelikten. Diese soll hier, soweit sie in vorliegendem Zusammenhang von Bedeutung ist, wiedergegeben werden. v. Buri meint, wer eine gefährliche Handlung unternahme, der könne das straflos nur unter der Voraussetzung und mit dem Willen tun, daß mit derselben nicht in fremde Rechtskreise eingegriffen, daß der etwa drohende Erfolg durch die Entwicklung des Kausalzusammenhangs

1) Der Streit um das sog. Standortproblem bei den Rechtspflichten kann in dieser Arbeit vernachlässigt werden, da er nichts zu der Frage nach dem Entstehungsgrund der Rechtspflichten beigetragen hat.

2) Krug, S. 34 f. - Allerdings ist zu beachten, daß Krug an dieser Stelle unter der vorhergehenden Handlung vornehmlich rechtsgeschäftliche Handlungen versteht, wie die angeführten Beispiele beweisen. Eindeutig jedoch S. 39 f.

3) Glaser, Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung 1857, S. 182, und Abh., S. 312: "... weil dieselben Umstände, welche ... (die) Pflicht begründen, ... (den Täter) in einen bestimmten Causalnexus mit dem ... (Erfolg) gebracht haben."

4) Merkel, Krim. Abh., S. 81, wenn auch nicht ganz eindeutig.

5) Ein Jahr vorher äußert sich Hälschner, Das Preußische Strafrecht, S. 75, wohl unter dem Eindruck der erwähnten Ansätze bei Krug, Glaser und Merkel noch skeptisch gegenüber der Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun. Er meint, daß es sich dabei um eine sittliche Pflicht handle, die nicht ohne weiteres in eine rechtliche Pflicht verwandelt werden dürfe.

glücklich werde abgewendet werden, sei es durch einen Naturkausalismus, durch Dritte - namentlich aber durch ihn selbst, der zunächst zu dieser Abwendung berufen sei. Wie in dem Willen, einen verbrecherischen Erfolg herbeizuführen, der Wille liege, denselben nicht abzuwenden, so sei auch mit dem Willen, eine straflose Handlung zu begehen, der Wille, den etwaigen Erfolg derselben abzuwenden, untrennbar verbunden⁶⁾. Das gelte nicht nur von wirklich gefährlichen Handlungen, sondern auch dann, wenn die Möglichkeit des Erfolgs nur als eine sehr unwahrscheinliche vorausgesehen wurde; ja, es gelte überhaupt für alle Handlungen, gleichgültig ob ein das Interesse anderer verletzender Erfolg voraussehbar gewesen sei oder nicht, denn jede Handlung könne durch den Hinzutritt zufälliger Umstände gefahrbringend werden⁷⁾. "Wenn auch bei vielen Handlungen der Gesichtspunkt der Gefährlichkeit so weit zurück tritt, daß er bei Vornahme der Handlung nicht besonders in das Auge gefaßt zu werden pflegt, so wird doch hierdurch das mit jeder Handlung verbundene Moment der Gefährlichkeit auch subjectiv nicht ausgeschlossen. Hiernach übernimmt aber Jeder durch die Vornahme einer belibigen Handlung die Verbindlichkeit, den etwaigen schädlichen Erfolg derselben abzuwenden, es mag dieser Erfolg voraussehbar gewesen sein oder nicht."⁸⁾ Diese überraschende Folgerung begründet v. Buri mit folgender Erwägung: In Anschluß an Jhering unterscheidet er "das objective Unrecht als unverschuldete Rechtsverletzung" und "das subjective Unrecht als verschuldete Rechtsverletzung". Wenn auch nur letztere zum Schadensersatz verpflichte, so sei doch erstere nicht einflußlos, sondern begründe wenigstens die Pflicht zur Aufhebung des objectiv unrechtmäßigen sachlichen Zustandes, sobald er zum Bewußtsein komme⁹⁾. "Derjenige, welcher ohne alle Verschuldung eine die Rechtskreise Ande-

6) v. Buri, GS 21, 196 f.

7) v. Buri, GS 21, 197

8) v. Buri, GS 21, 197. - In ZStW 1 (1881), S. 404, schließt v. Buri daraus nicht mehr auf das Bestehen einer Pflicht; dort sagt er, wer eine beliebige Handlung schuldlos vornehme, entschieße sich überall, den etwaigen strafrechtlichen Erfolg derselben abzuwenden.

9) v. Buri, GS 21, 197

rer oder auch das öffentliche Interesse verletzende Handlung unternommen hat, hat hierdurch objectiv Unrecht gethan und ist darum zur Aufhebung des herbeigeführten unrechtmäßigen Zustandes verpflichtet. Darin liegt es aber zugleich, daß er die Gefährdung sich nicht in wirkliche Schädigung umwandeln lassen darf, da ihn andernfalls die Folgen der inzwischen eingetretenen mala fides treffen würden."¹⁰⁾ Im Anschluß hieran entwickelt v. Buri seine erste (in diesem Zusammenhang bedeutungslose) Interferenztheorie.

Diese Lehre, mit der es v. Buri auf den ersten Blick gelungen zu sein scheint, die Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangenen Tun zu begründen, enthält eine Reihe von Fehlschlüssen. v. Buri geht davon aus, daß derjenige, der eine gefährliche Handlung vornehme, den Willen haben müsse, keine fremden Rechte zu verletzen, wenn er straflos bleiben wolle. Der Wille, eine straflose Handlung zu begehen, sei untrennbar mit dem Willen, den etwaigen Erfolg derselben (gemeint: die durch sie drohende Rechtsverletzung) abzuwenden. Von diesem für gefährliche Handlungen aufgestellten Satz¹¹⁾ behauptet v. Buri, er gelte auch für Handlungen, bei denen der Erfolgseintritt nur als sehr unwahrscheinlich vorausgesehen wurde, also von Handlungen, die nicht "wirklich gefährlich" sind. Diese Übertragung eines für gefährliche Handlungen aufgestellten Satzes auf ungefährliche Handlungen ist bei gleichbleibenden Prämissen ein logischer Fehlschluß. v. Buri hebt diesen Fehlschluß durch einen weiteren Fehlschluß wieder auf: Der von ihm aufgestellte Satz gelte nicht nur für Handlungen, bei denen der Eintritt des Erfolgs als unwahrscheinlich vorausgesehen sei, sondern überhaupt für alle Handlungen, denn jede Handlung könne durch Hinzutritt zufälliger Umstände gefahrbringend werden. Das bedeutet einmal, der auf Grund des ersten Fehlschlusses für ungefährliche Handlungen geltende Satz gilt qua Rückschluß auch für ungefährliche Handlungen, die gefährlich werden, also gefährliche Handlungen, zum anderen, daß ungefährliche Handlungen durch von der Handlung unabhängige, nach Eintritt der Hand-

10) v. Buri, GS 21, 198

11) Dessen Richtigkeit kann für die Darlegung der Fehlschlüsse hier dahingestellt bleiben.

lung eintretende Umstände gefährlich werden können. Dieser Schluß von dem Eintritt des Erfolgs auf die Gefährlichkeit einer im Zeitpunkt der Vornahme der Handlung ungefährlichen Handlung ist verfehlt. Ob eine Handlung gefährlich ist oder nicht, hängt von den bei ihrer Vornahme vorliegenden Bedingungen ab. Durch später eintretende Umstände kann (später) eine Gefahr entstehen, nicht aber die Handlung mehr gefährlich werden. Es ist zwar u. U. möglich, aus erst nach der Handlung bekannt gewordenen Bedingungen auf die Gefährlichkeit der Handlung zu schließen, die der Handelnde als ungefährlich angesehen hatte. Mit einem solchen Schluß wird aber festgestellt, daß die Handlung im Zeitpunkt ihrer Vornahme gefährlich war. War sie ungefährlich, kann sie nicht später gefährlich werden. v. Buri hebt auch diese seine Unterscheidung in gefährliche, ungefährliche und gefährlich werdende Handlungen wieder auf, indem er ausführt, daß mit jeder Handlung das Moment der Gefährlichkeit verbunden sei, daß es m. a. W. nur gefährliche Handlungen gebe, obwohl er wenige Sätze vorher von ungefährlichen Handlungen gesprochen hatte. Er schließt dann weiter von dem subjectiv fehlenden Ausschluß des Moments der Gefährlichkeit darauf, daß jeder durch die Vornahme einer beliebigen Handlung zur Abwendung des schädlichen Erfolges verpflichtet sei. Verkürzt man den Gedankengang, so ergibt sich, daß sich aus jeder beliebigen Handlung eine Pflicht zur Abwendung eines eventuellen schädlichen Erfolges ergibt (was v. Buri auch ausdrücklich behauptet). Diese Behauptung versucht v. Buri mit dem Hinweis zu begründen, eine objektive Rechtsverletzung begründe die Pflicht zur Aufhebung des objektiv unrechtmäßigen Zustandes, entsprechend müsse derjenige, der eine gefährliche Handlung vornehme, den Eintritt der Folgen verhindern. Dabei geht v. Buri offensichtlich davon aus, daß die Handlung, die eine Rechtsverletzung zur Folge hat, rechtswidrig ist. Die Folgen einer solchen Handlung seien zu beseitigen. Dieser rechtswidrigen Handlung stellt v. Buri die gefährliche Handlung gegenüber, die nach ihm nicht rechtswidrig zu sein braucht. Von dieser möglicherweise nicht rechtswidrigen Handlung behauptet er grundlos, sie habe bezüglich der Pflichtbegründung ähnliche Folgen wie die rechtswi-

drige Handlung. Dann schließt er daraus, daß die nicht rechtswidrige, aber gefährliche Handlung bestimmte Folgen habe, auf die gleichen Folgen bei Vorliegen einer beliebigen, also auch einer ungefährlichen Handlung, ohne zu bemerken, daß dieser Schluß fehlerhaft ist und daß infolgedessen seine Behauptung, jede beliebige Handlung begründe eine Rechtspflicht zur Abwendung etwaiger schädlicher Erfolge, unbegründet bleibt.

Immerhin kann festgestellt werden, daß diese (von der Ansicht Stübel's abgesehen) älteste Ansicht zur Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun gemessen an der heute herrschenden Lehre auch die modernste ist, weil in ihr ausschließlich auf die Vornahme irgendeiner Handlung abgestellt wird. Diese Handlung kann beliebig, kann also rechtswidrig oder rechtmäßig, schuldhaft oder schuldlos gewesen sein: In jedem Fall soll sie als Entstehungsgrund einer Rechtspflicht geeignet sein. Diese Lehre wird später von v. Buri noch einmal ausdrücklich bestätigt¹²⁾. Er bezeichnet es als ein "gesetzliches Gebot", daß derjenige, welcher verursacht habe, daß der Eintritt eines Erfolges drohe, den Eintritt verhindern solle¹³⁾. Die vorausgegangene Handlung habe "die Bedeutung einer Quelle, aus welcher die betreffende gesetzliche Pflicht"¹⁴⁾ entspringe.

Die Frage, warum die vorausgegangene Handlung Entstehungsgrund einer Rechtspflicht ist, hat v. Buri nicht schlüssig beantwortet. Der Grundfehler seiner Lehre liegt vor allem darin, daß er versäumt zu klären, was eine gefährliche Handlung ist. Er geht von dem Wort Gefährlichkeit aus, ohne die Gefährlichkeit begrifflich bestimmt zu haben, und zieht daraus Schlüsse, ohne die Bedeutung der Gefährlich-

12) v. Buri, Beilagenheft zu GS 29, S. 111

13) Wieso v. Buri ein Gebot, das nach seiner eigenen Auffassung nicht durch den Gesetzgeber aufgestellt ist, als gesetzliches Gebot bezeichnet, ist nicht verständlich, ganz davon abgesehen, daß zwischen Pflicht und Gebot ein großer Unterschied besteht und schon deshalb die Benutzung des Wortes Gebot in diesem Zusammenhang verfehlt ist.

14) Hier setzt v. Buri unrichtig Gebot und Pflicht, gesetzliche Pflicht und nicht gesetzliche Pflicht gleich.

keit für die Frage nach der Rechtswidrigkeit einer Handlung zu erkennen.¹⁵⁾

b) Binding

Binding nimmt im Jahre 1872 den Gedanken von v. Buri, daß die vorausgehende Handlung eine Erfolgsabwendungspflicht erzeuge, bei seiner Erörterung der "drei Arten der Zweckverfolgung durch die Normen" wieder auf. "Es bestreben sich ... die Verbote, gewisse Veränderungen in der Rechtswelt fernzuhalten. Der einfachste Weg zum Ziel ist es, ... wenn die Norm die Herbeiführung dieser Veränderung als solche verbietet."¹⁶⁾ Das geschehe nach dem Muster: "Ihr sollt nicht die Ursache ... zu der oder jener Veränderung erzeugen"¹⁷⁾. Diese Verursachung einer Veränderung sei identisch mit einer Veränderung des Gleichgewichts zwischen den sie abhaltenden und den zu ihr hinwirkenden Bedingungen zugunsten der letzteren¹⁸⁾. Der Mensch könne auch bei Beseitigung der den schädlichen Erfolg abhaltenden Bedingungen dem Verbot gemäß handeln, wenn er nur die beseitigten Bedingungen durch neue, den Erfolg abhaltende Bedingungen ersetze¹⁹⁾. Dem Handelnden liege die Pflicht ob "zu sorgen, daß nicht die von ihm gesetzten Bedingungen die Ursache erzeugen, und würden sie diess ohne sein tätiges Eingreifen tun", so sei er zu einem solchen verpflichtet. "Wer Augen hat um das Leben zu beobachten sieht tagtäglich Beispiele genug, wie diese Pflicht im Bewußtsein der Rechtsgenossen lebt und er begreift auch, selbst wenn er die Art sie theoretisch zu begründen nicht entdeckt, dass das Leben ohne die Anerkennung dieser Pflicht seitens der Rechtsordnung nicht bestehen kann. Das Verbot die Ursache einer Rechtsverletzung zu erzeugen involvirt das Gebot für den

15) vgl. dazu unten S. 129

16) Binding, Normen I, 1. Aufl., S. 38

17) Binding, Normen I, 1. Aufl., S. 41

18) Binding, Normen I, 1. Aufl., S. 42

19) Binding, Normen I, 1. Aufl., S. 43

Handelnden, die mögliche Ursache für den Eintritt oder die wirkliche Ursache für die Fortdauer einer Rechtsverletzung, die sie durch ihre Thätigkeit ins Leben gerufen haben, in dieser Ursächlichkeit zu vernichten.^{20) 21)}

Auf den ersten Blick scheint die Ansicht von Binding mit der von v. Buri übereinzustimmen. Eine bedeutsame Einschränkung ergibt sich jedoch dann, wenn man die Ausführungen von Binding in Zusammenhang mit seiner Rechtswidrigkeitslehre bringt. Nach dieser Lehre ist nämlich Rechtsverletzung ausschließlich die Verletzung subjektiver Rechte. "Undenkbar ist eine rechtswidrige Handlung oder ein rechtswidriges Verhalten, die nicht wider ein subjektives Recht liefen." Eine Rechtsverletzung "ist ... in anderer Gestalt als der einer Verletzung subjektiver Rechte undenkbar"²²⁾. Wenn Binding also von der Verpflichtung des Handelnden spricht, "die mögliche Ursache für den Eintritt oder die wirkliche Ursache für die Fortdauer einer Rechtsverletzung ... zu vernichten", so ist die Handlung, die die Ursache für den möglichen Eintritt oder die Fortdauer des schädlichen Erfolgs erzeugt, nach ihm eine rechtswidrige Handlung²³⁾. Nur diese rechtswidrige Handlung ist also nach Binding möglicher Entstehungsgrund einer Er-

20) Binding, Normen I, 1. Aufl., S. 44; die Ausführungen wurden unverändert in die 2. Aufl., S. 118, und in die 3. Aufl., S. 118, übernommen.

21) vgl. auch Janka, 1. Aufl., S. 76 (wörtlich übereinstimmend mit der 2. Aufl. und der 3. Aufl., S. 71). Nach ihm ist zwar der in der Unterlassung liegende, allein schuldhaft und darum das Verbrechen erst konstituierende Verursachungsakt ein innerer Vorgang. Allein wenn das ganze Verhalten ins Auge genommen werde, dann stehe der Unterlassende nicht mehr auf lediglich internem Gebiete, sondern auf Rechtsboden. Mit der der Unterlassung voraufgehenden Tätigkeit sei er auf denselben herausgetreten, diese ziehe die Unterlassung nach sich. Unter diesen Umständen lasse sich sagen, die Abwendung des Erfolges sei geboten, aber nur, weil die Herbeiführung des Erfolges verboten und die unterlassene Abwendung Herbeiführung des Erfolges sei.

22) Binding, Normen I, 3. Aufl., S. 295; anders noch Normen I, 1. Aufl., S. 135 ff.: Unrecht als schuldhaftes Normwidrigkeit

23) vgl. auch Binding, Normen I, 3. Aufl., S. 298: "... Rechtsverletzung nenne ich ... alles einem subjektiven Rechte widerstrebende Verhalten ..."

folgsabwendungspflicht²⁴⁾, während bei v. Buri jede beliebige Handlung diese Wirkung hat.

Binding erkennt, daß er selbst für diese eingeschränkte Ansicht die Begründung schuldig geblieben ist. Er zweifelt anscheinend an der Richtigkeit seiner Ansicht, wenn er sich beruft auf die Beobachtung des Lebens, auf das Leben von Pflichten im Bewußtsein der Rechtsgenossen, auf das Nicht-Bestehenkönnen des Lebens ohne die Anerkennung der Pflicht seitens der Rechtsordnung, ohne die Pflicht inhaltlich bestimmen und rechtlich begründen zu können. Eine solche gefühlsbetonte und auf begriffliche Klarheit verzichtende Argumentation ist wissenschaftlich unzulässig und darüber hinaus in sich verfehlt. Binding gesteht damit, daß ihm die theoretische Begründung der Pflicht nicht gelungen ist, und behauptet stattdessen, sie lebe im Bewußtsein der Rechtsgenossen und "das Leben" könne ohne die Anerkennung dieser Pflicht nicht bestehen. Diese Ausführungen können nicht als wissenschaftliche Begründung anerkannt werden. Ihre Analyse ergibt, daß sie inhaltlos sind und sich mit ihnen alles und nichts "beweisen" läßt. Eine Pflicht kann nicht leben, schon gar nicht im "Bewußtsein der Rechtsgenossen"²⁵⁾. Bestimmte "Rechtsgenossen" können allenfalls erkennen, daß in einem bestimmten Fall unter bestimmten Voraussetzungen eine bestimmte Pflicht einer Person gegenüber einer anderen besteht. Ferner gibt es weder "das Leben" noch "die Rechtsordnung". Beides sind idealistische Fehlvorstellungen. Leben ist nur als notwendige Eigenschaft eines bestimmten Wesens denkbar. Im übrigen zeigt die Zeit, in der eine solche Pflicht noch nicht "im Bewußtsein der Rechtsgenossen lebte", daß "das Leben" ohne die Anerkennung dieser Pflicht "seitens der Rechtsordnung" sehr wohl möglich war. Binding schließt fälschlich von der irrig angenommenen Notwendigkeit der Existenz dieser Pflicht auf ihre Existenz und ihren Entstehungsgrund.

24) Den Gesichtspunkt der Gefährdung erörtert Binding noch in anderem Zusammenhang; vgl. Normen I, 1. Aufl., S. 45 ff. (= 3. Aufl., S. 119 ff.)

25) Dazu, daß im übrigen das behauptete Bewußtsein durchaus nicht allgemein war, vgl. die S. 116 ff. aufgeführten kritischen Stimmen.

Binding hat damit, daß er eine rechtswidrige Vorhandlung als Voraussetzung der Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangenem Tun forderte, eine schon Stübel bekannte, zutreffende Einschränkung wieder aufgenommen. Irrig ist allerdings, aus dem Vorliegen einer rechtswidrigen Handlung auf das Entstehen einer für die unechten Unterlassungsdelikte bedeutsamen Erfolgsabwendungspflicht zu schließen. Einmal hat eine rechtswidrige Handlung meist Schadensersatz- oder Unterlassungspflichten, nicht aber Erfolgsabwendungspflichten zur Folge, zum anderen ist der Gegenstand der Pflicht entscheidend dafür, ob die Pflicht als eine für Unterlassungsdelikte relevante Erfolgsabwendungspflicht in Betracht kommt. Zahlt z. B. ein Darlehensschuldner sein Darlehen nicht zurück, so ist sein Verhalten zwar rechtswidrig, d. h. dem subjektiven Recht des Darlehensgläubigers auf Rückzahlung inhaltlich nicht entsprechend, jedoch ist er nicht wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassen strafbar, wenn der Darlehensgläubiger infolge der Nichtzahlung keine Lebensmittel kaufen kann und hungern muß²⁶⁾. Gegenstand der Rückzahlungspflicht war eben nicht die Erhaltung der körperlichen Unversehrtheit des Darlehensgläubigers. Damit eine Pflicht also als Erfolgsabwendungspflicht in Frage kommen kann, muß sie sich auf Erhaltung desjenigen Rechts richten, das in dem besonderen Straftatbestand "geschützt" ist, auf Grund dessen die Unterlassung bestraft werden soll.

c) Hugo Meyer

Die Lehre von Hugo Meyer zur Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun enthält gegenüber der Lehre von Binding eine Modifizierung. In Anlehnung an seine in den "Grundzügen" geäußerte Auffassung²⁷⁾ führt er aus, daß es auch Fälle gebe, in denen jemand auch "unabhängig von einer speciellen Rechtspflicht" durch bloße Unterlassung eine "Verantwortlichkeit"²⁸⁾ im strafrechtlichen Sinne übernehme.

26) vgl. dazu auch Fischer, ZStW 13, 462

27) vgl. oben S. 71 Anm. 128, und die Ausführungen dazu.

28) Hervorhebungen vom Verfasser

Das sei dann der Fall, wenn jemand sich für den Nichteintritt eines bestimmten Erfolges verantwortlich mache "durch sein eigenes vorangegangenes Tun", wenn dieses rechtswidrig war. War es dagegen rechtmäßig, so entsteht nach Meyer die Pflicht nur unter der Voraussetzung, "daß ein anderes Tun, bezw. die Abwendung der aus dem ersteren drohenden Ergebnisse darauf folgte"²⁹⁾. Wie schon in den "Grundzügen" unterscheidet Meyer also die Fälle, in denen sich aus der Verletzung einer Rechtspflicht die strafrechtliche Verantwortlichkeit ergibt, von denen, in welchen die Verantwortlichkeit (nicht eine Rechtspflicht!) aus einem vorangegangenen Tun herzuleiten ist. Diese Unterscheidung hebt er einen Satz später wieder auf, indem er ausführt, wann diese auf ein vorangegangenes Tun zurückgehende Verantwortlichkeit vorliege, lasse sich "vom allgemeinen Standpunkt" nicht beantworten; es unterliege vielmehr "einem verständigen Ermessen, ob eine derartige Selbstverpflichtung"³⁰⁾ durch vorangegangene Tätigkeit" vorliege oder nicht. Damit hat Meyer sich der Meinung angeschlossen, daß aus vorangegangenen Handlungen Rechtspflichten entstehen können. Das ist für ihn bei rechtswidrigen Vorhandlungen unproblematisch. Bei rechtmäßigen Vorhandlungen macht Meyer das Entstehen der Pflicht von noch weiteren Voraussetzungen abhängig, wenn er sagt, daß die Pflicht nur dann entstehe, wenn ein anderes Tun bzw. die Abwendung der aus dem ersteren drohenden Ergebnisse darauf folge. Diese wohl als einschränkend gedachten Voraussetzungen sind nicht recht verständlich. Immerhin ist den Ausführungen zu entnehmen, daß unter besonderen Voraussetzungen auch auf Grund einer rechtmäßigen Vorhandlung eine Erfolgsabwendungspflicht entstehen soll. Meyer bleibt die Begründung allerdings schuldig. Das gibt er selbst zu, indem er ausführt, wann die Pflicht entstehe, lasse sich "vom allgemeinen Standpunkt" nicht beantworten; es unterliege vielmehr "einem verständigen Ermessen", ob eine solche Pflicht vorliege oder nicht.

29) Meyer, Lehrbuch, 2. Aufl., S. 185

30) Hervorhebung vom Verfasser

Sicher ist, daß das Bestehen einer Pflicht nicht vom Ermessen abhängig sein kann. Liegt ein Entstehungsgrund vor, so entsteht die Pflicht, und zwar ohne und auch gegen jedes Ermessen. Die Berufung auf ein "verständiges (?) Ermessen" verdeckt nur die Tatsache, daß die Bejahung oder Verneinung der Pflichtentstehung nicht an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist (eine Antwort "vom allgemeinen Standpunkt" ist nicht möglich), daß sie also willkürlich ist. Darüber hinaus verschweigt Meyer, wessen Ermessen für das Entstehen der Rechtspflicht entscheidend sein soll.

In der 3. Auflage seines Lehrbuchs, in der Meyer die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun zwar erwähnt³¹⁾, dazu aber nur unklare Ausführungen macht³²⁾, läßt er die kritisierten Sätze weg und verzichtet auf jeden Begründungsversuch. Schon in der nächsten Auflage setzt er sich mit dem Rechtspflichtproblem ausführlicher auseinander³³⁾. Dort stellt er den Fällen, in denen eine "besondere Rechtspflicht" (aus Gesetz oder Vertrag) besteht, diejenigen Fälle eines vorausgegangenen Tuns gegenüber, das den Täter "zur Abwendung des daraus hervorgehenden Erfolges, also zu einem entsprechenden anderweiten ... Thun verpflichtet". Das seien Fälle, in welchen auch eine Rechtspflicht, nicht aber eine auf besonderen Verhältnissen oder Abmachungen beruhende, sondern eine ganz allgemeine Rechtspflicht vorliege. Der Grund hierfür sei der, daß das Recht zwar eine völlige Nichttätigkeit frei gebe, ein positives Eingreifen in den Gang der Ereignisse aber nur bedingungsweise gestatte, unter der Bedingung nämlich, daß das begonnene Tun nicht beliebig abgebrochen, sondern zu einem entsprechenden Ziele geführt, bzw. zu einem unschädlichen Ergebnis zurückgelenkt werde.

Meyer gibt damit seine in den "Grundzügen" aufgestellte Lehre vollends auf und erkennt an, daß sich aus dem vorangegangenen Tun eine Rechts-

31) Meyer, 3. Aufl. (1882), S. 200

32) Meyer, 3. Aufl., S. 199

33) Meyer, Lehrbuch, 4. Aufl., S. 242 f. - Entsprechende Ausführungen enthält die 5. Aufl., S. 193/194

pflicht, von der er behauptet, daß sie eine allgemeine sei, ergeben kann. Dabei bleibt unklar, warum die sich z. B. aus Vertrag ergebenden Pflichten "speziell" sind, die aus vorangegangenen Tun dagegen allgemein. In beiden Fällen besteht die Pflicht zwischen zwei Personen (nämlich den Vertragsparteien bzw. demjenigen, der die vorangegangene Handlung vorgenommen hat, und dem durch sie Betroffenen) und hat einen bestimmten, auf Abwendung eines bestimmten Erfolgs gerichteten Inhalt. Die eine Pflicht ist somit genauso bestimmt wie die andere. Der Unterschied bezüglich des behaupteten Entstehungsgrundes ist kein Grund, die eine Pflicht speziell und die andere allgemein zu nennen; in beiden Fällen ist nur eine Person verpflichtet. Davon abgesehen enthalten die Ausführungen von Meyer ein idem per idem. Den Unterlassenden soll dann eine Erfolgsabwendungspflicht treffen, wenn er eine Handlung vorgenommen hat, die ihn zur Abwendung des daraus hervorgehenden Erfolges durch ein anderweitiges Tun verpflichtet. M. a. W. er ist verpflichtet, wenn er sich durch Vorhandlungen verpflichtet. Wann er aber durch Vorhandlungen sich verpflichtet, welche Vorhandlungen also pflichtbegründend sind, bleibt unbeantwortet. Daran ändert auch die Behauptung nichts, "das Recht" (?) gestatte "ein positives Eingreifen in den Gang der Ereignisse", also eine Handlung, nur bedingungsweise, nur die völlige Nichttätigkeit gebe es frei. Zunächst ist diese Behauptung keine Rechtfertigung des aufgezeigten Zirkelschlusses. Sie ist darüber hinaus unzutreffend³⁴⁾.

"Das Recht" (wenn man einmal diese Terminologie übernimmt) garantiert die Entscheidungsfreiheit bedingungslos. Und für den Fall, daß durch Handlungen Rechte anderer in tatbestandsmäßiger Weise verletzt werden, ergeben sich bestimmte Rechtswirkungen, seien es Schadensersatz-, Unterlassungs- oder sonstige Pflichten. Das heißt aber nicht, daß damit Handlungen nur bedingt gestattet sind, daß es also zur Vornahme von Handlungen einer rechtlichen Erlaubnis bedarf, die für rechtmäßige Handlungen generell oder ausnahmsweise erteilt ist. Meyer behauptet, ohne einen Tatbestand nennen zu können, also

34) so auch Sturm, Rechtswidrigkeit der Unterlassung, S. 10

ohne zureichenden Grund, eine bestimmte Rechtswirkung (das Entstehen einer Erfolgsabwendungspflicht). Sein Versuch, die Entstehung von Erfolgsabwendungspflichten aus vorangegangenem Tun zu begründen, kann damit als gescheitert angesehen werden. Aus diesem Grunde wohl wird die gegebene Begründung in den späteren Auflagen des Lehrbuchs fallengelassen. Von der 7. Auflage des Lehrbuchs ab steht bei allen Stellungnahmen zum Entstehungsgrund der Handlungspflicht der Gesichtspunkt der Gefährdung im Vordergrund, wenn auch zunächst nicht klar ist, was gefährdet sein muß und warum die Gefährdung bei der Entstehung der Handlungspflicht eine führende Rolle spielt. Die Rechtspflicht zum Handeln könne sich auf ein vorangegangenes Tun gründen, "das einen Zustand der Gefahr geschaffen hat, der ein abermaliges ... Tun behufs Abwendung des drohenden rechtswidrigen Erfolges" gebiete³⁵⁾. Der Gesichtspunkt der Gefährdung, der schon bei Stübel eine Rolle spielte, war allerdings schon vor 1900 von Rotering in die Diskussion eingeführt worden³⁶⁾.

d) Hrehorowicz

Vor Rotering hatte sich noch Hrehorowicz zu dem Problem der Rechtspflicht geäußert³⁷⁾ und dabei schon die Bedeutung der Gefährlichkeit der Vorhandlung angedeutet.

Hrehorowicz hat zunächst grundsätzliche Bedenken gegen die "Commissiv-Delicta durch Unterlassung". Schon der Ausdruck enthalte einen schreienden Widerspruch, der deutlich werde, wenn man stattdessen einmal "strafbare Handlung durch Unterlassung begangen" sage. Die Aufstellung einer solchen "baroken Verbrechenart" löse die eigentliche Schwierigkeit nicht, die Hrehorowicz in der Frage sieht, was in den Fällen der

35) Meyer-Allfeld, Lehrbuch, 7. Aufl., S. 172; auch noch 8. Aufl. (1922), S. 116, und 9. Aufl. (1934), S. 113. - Ähnlich schon Lilienthal, Grundriß, 1. - 3. Aufl., § 17

36) s. unten S. 86 ff. - Vgl. auch die Erwähnung der Gefährlichkeit bei v. Buri.

37) Hrehorowicz, S. 317 f.

Unterlassung der Grund der Strafanwendung sei. Da dieser Grund nur in der Übertretung eines Gebots oder eines Verbots liegen könne, sei zu fragen, welches von beiden bei den sog. Kommissivdelikten durch Unterlassung übertreten sei. Hrehorowicz hält es für möglich, daß durch eine "nicht vorsätzliche, unverfängliche That, die später als Ursache eines verbrecherischen Erfolges vom Thäter erkannt (werde), ein Verpflichtungsgrund zur Vornahme einer Handlung gesetzt" werde, "die im gegebenen Falle entweder speciell gesetzlich bestimmt, oder überhaupt zur Abwendung eines zu befürchtenden Erfolges nach den Umständen geboten" sei. Wenn jemand an der Strafe baue, so entstehe aus der Vornahme dieser rechtmäßigen Handlung "ipso facto die Obligation zur Vornahme gewisser Maßregeln, um die aus jenen Handlungen entstandene Gefahr³⁸⁾, und vorkommendenfalls einen voraussichtlichen verbrecherischen Erfolg abzuwenden". Werden die Vorsichtsmaßregeln unterlassen, so sei die Unterlassung zur Strafe zuzurechnen.

Hrehorowicz scheint sich damit den oben berichteten Meinungen zur Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun bei den unechten Unterlassungsdelikten anzuschließen. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Bestrafung setzt nach ihm "natürlich eine gegen die Unterlassung gerichtete gesetzliche Strafdrohung voraus, in welcher die gesetzliche Anerkennung jener Obligation enthalten" ist. Es handle sich dann (und man kann den Sinn verstärkend hinzufügen: nur dann) "um strafbare Nicht-Verhinderung eines rechtsverletzenden Ereignisses". Es sollte nicht bezweifelt werden, daß derartige Obligationen unter Strafschutz gestellt werden können und daß eine auf Unterlassung der gebotenen Handlungen gesetzte Strafdrohung³⁹⁾ dem Strafzwecke und den Grundsätzen der Strafgerechtigkeit entsprechen würde⁴⁰⁾. Somit sind für Hrehorowicz die sich aus einer Vorhandlung möglicherweise ergebenden Pflichten für die Bestrafung wegen einer Unterlassung nur relevant, wenn sie in einer die Unterlassung mit Strafe bedrohenden Vorschrift gesetzlich anerkannt sind. Da derartige Vorschriften⁴¹⁾

38) Hervorhebung vom Verfasser

39) Alle Hervorhebungen vom Verfasser

40) Hrehorowicz, S. 318 Fn. 1

41) Von den wenigen im Strafgesetzbuch enthaltenen Ausnahmen abgesehen.

fehlen, hat Hrehorowicz keinen Anlaß, sich weiter mit der Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun und ihrem Entstehungstatbestand zu befassen. Bedeutsam ist neben seinen grundsätzlichen Bedenken, daß er auf den Gesichtspunkt der Gefahr und damit der Gefährlichkeit der Vorhandlung hingewiesen hat, der in der weiteren Entwicklung noch eine große Rolle spielen sollte.

e) Rotering

Die erste umfangreiche Stellungnahme zur Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangenen Tun gibt Rotering⁴²⁾. Das Miteinanderwohnen der Staatsbürger auf oft umgrenzten Raum habe "ewige Reibungen, unvermeidliche Collisionen" zur Folge. Nun habe jeder Staatsbürger "seine bestimmte Rechtssphäre, deren Grenzen durch diejenige der Mitbürger bedingt" sei, und jedes Übergreifen des einen in eine Rechtssphäre des anderen sei "ein Eingriff in fremde Rechte", der gefährdend oder verletzend sein könne. Oft komme es vor, daß ein Handeln wider Erwarten den Mitbürger gefährde oder verletze. Dann gelte es, dieses Handeln "durch ein anderes Thun mit entgegengesetzter Wirkung zu paralysiren"⁴³⁾. Früher habe man angenommen, eine Unterlassung könne nur bestraft werden, wenn das Gesetz ein Handeln fordere, also verlange, daß eine Veränderung in der Außenwelt gesetzt werde, "mag nun ein verwandtschaftliches oder sonstiges Fürsorgeverhältnis, ein Vertrag, ein Amtsverhältnis die Anwendung dieses Gesetzes erheischen"⁴⁴⁾. Das reiche jedoch nicht aus. Die "Coexistenz der Staatsbürger" sei nur dann ermöglicht, wenn jeder in jedem Augenblick sein Tun und Lassen so einrichte, daß "fremde Interessen" unverletzt bleiben. Jedes Unternehmen, welches andere gefährden könne, müsse in andere Wege geleitet werden. Das bezieht Rotering nicht nur auf rechtswidrige, sondern auch rechtmäßige Handlungen. Auch eine rechtmäßige

42) Rotering, GS 34, 206 ff.

43) Rotering, GS 34, 206

44) Rotering, GS 34, 207

Handlung (z. B. das Aufbewahren von Giften) kann nach ihm bei zufälligem Eintritt eines Ereignisses (Wegfall der Sicherungsmittel) zum Handeln verpflichten. Ohne gesetzliche Vorschrift gebiete in einem solchen Fall der bloße Zufall sofort zu handeln, "andere Vorkehrungsmittel zu treffen, wenn wir nicht, was unzweifelhaft, bestraft werden wollen", sofern ein schädigendes Ereignis eintrete⁴⁵⁾. Diese These, daß bei zufälligem Wegfall von Sicherungsmitteln eine Handlungspflicht entstehe, hindert Rotering nicht, "in unserem für Andere gefährlichen Verhalten . . . , dem Setzen von gefährlichen Veränderungen in der Außenwelt und gleichzeitig der späteren sie begleitenden Unterlassung" den "Grund der Strafbarkeit" zu sehen. Rotering geht selbst davon aus, daß - um bei dem Giftbeispiel zu bleiben - auf der einen Seite das Aufbewahren von Gift unter Beachtung der nötigen und ausreichenden Vorichtsmaßregeln weder gefährlich noch rechtswidrig ist, daraus also keine Rechtspflicht entsteht, daß ferner eine bloße Unterlassung (ohne Bestehen einer Rechtspflicht) straflos ist. Er nimmt auf der anderen Seite an, daß der Grund der Strafbarkeit in einer gefährlichen (und somit eine Rechtspflicht bedingenden) Vorhandlung und dem darauf folgenden (dem Inhalt der Rechtspflicht nicht entsprechenden) Verhalten liegt. Aus diesen Prämissen läßt sich nicht die Folgerung ziehen, daß bei zufälligem Eintritt einer gefährlichen Lage, die nicht durch eine gefährliche Handlung bedingt ist (zufälliger Wegfall der Sicherungsmittel beim Giftaufbewahren), eine Rechtspflicht entstehe, deren Verletzung durch Unterlassung strafbar mache. Denn aus den Prämissen ergibt sich nur, daß eine ungefährliche Handlung keine Rechtspflicht bedingt, eine Strafbarkeit schon deshalb entfällt.

Diesen Einwand scheint Rotering vermeiden zu wollen, indem er eine Unterscheidung zwischen Handlungen und Unterlassungen "in einem absoluten Sinne" (?) nicht anerkennt. Die Handlung trete "nach ihrer positiven Seite hin" (?) oft "nicht einmal äußerlich sichtbar" (?) hervor, eine Körperbewegung und ihr objektives Ergebnis brauche nicht einmal durch den Willen vermittelt zu sein oder sei durch ein Minimum von

45) Rotering, GS 34, 208

Kraftaufwendung schon ermöglicht, oft bedinge sich die Strafbarkeit "unseres Gebahrens" ganz gleichzeitig, sowohl durch seine negative als positive Seite, oft komme jene allein in Betracht, oft sei die Unterlassung das strafbedingende Moment, "weil das Handeln ein völlig correctes war"⁴⁶⁾. Entscheidend sei demnach nicht die Frage, ob ein strafrechtlicher Erfolg durch ein positives Handeln oder durch die Unterlassung einer gesetzlich gebotenen Handlung hervorgerufen sei; vielmehr entstehe auch "eine Haftpflicht durch unser ganzes Gebahren nach seiner positiven und negativen Gestaltung hin durch ein rechtswidriges Eingreifen in die fremde Rechtssphäre, welches unter allen Umständen paralysirt werden muß, sei es nun dadurch, daß wir eben nur aufhören, eine Körperbewegung durch einen die motorischen Nerven erregenden psychischen Akt hervorzurufen . . . , oder aber, wenn das nun einmal nicht mehr genügt, dadurch, daß wir eine neue den Naturcausalismus hemmende Handlung setzen, mithin nochmals und in entgegengesetzter Richtung positiv thätig werden". Es sei "allemaal" Pflicht, sich "aus der fremden Rechtssphäre zurückzuziehen; schon die "Gefährdung" der "Rechte" des Mitbürgers sei ein "Verletzen" seiner "Rechtssphäre". Schon nach zivilrechtlichen Grundsätzen geben gefährliche Handlungen den Anspruch auf Abwehr oder Schadenersatz. Die Gefährdung fremder Interessen sei eine Schädigung derselben. Und die Verpflichtung, eine solche Gefahr zu beseitigen, bestehe unabhängig davon, ob die Gefahr mit oder ohne Schuld herbeigeführt worden sei, denn in jedem Falle liege objektiv Unrecht vor"⁴⁷⁾. "Je mehr die Menschen sich örtlich anhäufen, je mehr in dem bewegten Treiben des Weltverkehrs die Circulation und Communication unter den Menschen anwächst, um so mehr ist jede die Mitbürger gefährdende Handlung ein Unrecht, als den Interessen des Gemeinwesens widerstreitend zur Bestrafung geeignet." Jede solche Gefährdung sei ein Eingriff in die "befriedete Rechtssphäre" andere, ein objektives Unrecht"⁴⁸⁾.

46) Rotering, GS 34, 209

47) Rotering, GS 34, 210 und 213

48) Rotering, GS 34, 211

Diese Ausführungen erwecken den Eindruck, als ob Rotering richtig erkennt, daß nicht nur rechtsverletzende, sondern auch rechtsgefährdende Handlungen widerrechtlich sind und daß sich aus diesen widerrechtlichen Handlungen möglicherweise Rechtspflichten ergeben. Rotering geht aber viel weiter. Nach ihm gibt es keine ungefährlichen Handlungen, weil immer die Möglichkeit besteht, daß ein schädlicher Erfolg eintritt⁴⁹⁾. Das bedeutet also, daß, da jede Handlung gefährlich ist, jede Handlung auch rechtswidrig ist. Das ist sicher verfehlt. Rotering schließt daher bei den "sogen. ungefährlichen Unternehmungen" von dem Eintritt des rechtsverletzenden Erfolgs auf die Möglichkeit dieses Eintritts und von da auf die Gefährlichkeit der Handlung. Dabei verkennet er unter anderem⁵⁰⁾, daß es bei der Gefährlichkeit statt auf die Möglichkeit auf die Wahrscheinlichkeit des Erfolgeintritts ankommt⁵¹⁾.

Die Ansicht von Rotering geht über all das, was bisher zur Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun vertreten worden ist, hinaus. Die Unterscheidung in rechtswidrige und rechtmäßige Vorhandlungen spielt keine Rolle mehr, da jede Handlung gefährlich und damit rechtswidrig ist, auf Schuld oder Nichtschuld kommt es vollends nicht an. Rotering gibt dazu noch das bisher unbestrittene Erfordernis der Vorhandlung auf. Die Rechtspflicht entsteht nach ihm schon infolge "unseres ganzen Gebahrens nach seiner positiven und negativen Gestaltung hin"; es ist also gleichgültig, ob eine Handlung oder Unterlassung, die nach ihm ohnehin nicht unterschieden werden können, ob also irgendein Verhalten oder gar nur ein "Gebahren" (also jede Veränderung im Menschen?) vorausgeht; offensichtlich ist nicht einmal dieses "Gebahren" erforderlich, da es "alle-mal" Pflicht ist, sich "aus der fremden Rechtssphäre zurückzuziehen", und für das Entstehen der Rechtspflicht ein zufällig eintretendes Ereignis genügt.

49) Rotering, GS 34, 213

50) vgl. zu diesem Fehlschluß auch die Ausführungen zu der Ansicht von v. Buri, oben S. 72 ff.

51) vgl. unten S. 129

Die Meinung von Rotering ist in sich unklar, widersprüchlich und nicht begründet.

Unklar ist sie insofern, als in ihr Rechte, Rechtssphären und Interessen teilweise gleichgesetzt (Gefährdung fremder Interessen⁵²⁾, Eingreifen in die fremde Rechtssphäre⁵²⁾, Eingriff in fremde Rechte⁵³⁾, teilweise unterschieden werden (z. B. : "Ein Verletzen der Rechtssphäre ... liegt ... schon in jeder Gefährdung .. (der) Rechte"⁵⁴⁾). Hinzu kommt, daß Rotering nicht definiert, was er unter Recht, Rechtssphäre und Interesse versteht. Wenn er obendrein noch meint, eine Gefährdung eines Rechts sei eine Verletzung der Rechtssphäre und eine Gefährdung anderer (also der Rechtsinhaber) sei ein Eingriff in die befriedete (?) Rechtssphäre, so weiß man nicht mehr, was nun eigentlich der Entstehungsgrund für die Rechtspflicht sein soll, insbesondere weil nicht einmal eine Vorhandlung nach Rotering erforderlich sein soll. Ferner definiert er nicht, was er unter Handlung, Unterlassen und Gebahren versteht, was mit Gefährlichkeit, Möglichkeit und Zufall gemeint sein soll.

Widersprüchlich ist seine Lehre insofern, als Rotering zunächst einmal - fehlerhaft - behauptet, eine Unterscheidung zwischen Handlung und Unterlassung sei "in einem absoluten Sinne" (was ist das?) nicht anzuerkennen, dann aber für die Strafbarkeit der Unterlassung eine besondere Rechtspflicht fordert, die auf die Vornahme einer Hemmenden Handlung gerichtet ist, die nicht anzuerkennende Unterscheidung also selbst durchführt, obwohl sie nicht durchführbar sein soll. Weiterhin fordert Rotering einmal "ein rechtswidriges Eingreifen in die fremde Rechtssphäre" und läßt ein anderes Mal das zufällige Entstehen einer Gefahrenlage genügen. Bei seinem Giftbeispiel meint er, bis zum Wegfall der Sicherungsmittel sei das Handeln rechtmäßig (danach also offenbar nicht mehr) und übersieht, daß der Aufbewahrende, solange das Gift im Giftschränk stand, in Hinblick auf das Gift gar nicht handelte. Das Hineinstellen des Giftes als das einzig in Frage kommende Handeln war

52) Rotering, GS 34, 210

53) Rotering, GS 34, 206

54) Rotering, GS 34, 210

rechtmäßig und kann durch zufälligen Wegfall getroffener Sicherungsvorkehrungen nicht rechtswidrig werden. Die Ausführungen von Rotering wären allenfalls erklärlich - wenn auch mit einem zusätzlichen Fehler behaftet -, wenn er davon ausginge, daß es rechtmäßige und rechtswidrige Zustände gibt. Dem steht aber entgegen, daß er den Begriff rechtswidrig nur im Zusammenhang mit Handlungen und Unterlassungen benutzt. Dann aber besteht der aufgezeigte Widerspruch. Rotering sagt ferner, ein gefährdendes Handeln sei rechtswidrig und jedes Handeln sei gefährlich, hält es aber für möglich, daß ein solches Handeln "völlig correct", also rechtmäßig ist. Bei den beiden möglichen Arten menschlichen Verhaltens stellt er auf der einen Seite bei der Unterlassung auf den Entschluß, nicht zu handeln (einen Innentatbestand), ab⁵⁵⁾ und nennt auf der anderen Seite auch diejenige Körperbewegung eine Handlung, die nicht durch "den Willen vermittelt" ist (deren Innentatbestand also fehlt).

Schließlich ist Rotering auch die stichhaltige Begründung schuldig geblieben. Er verwässert zunächst das in der Wissenschaft Erreichte durch unklare "Begriffe", stellt dazu einen verfehlten "Begriff" der Handlung auf, die er nicht von der Unterlassung unterscheiden kann, und meint auf dieser Grundlage, es bestehe allemal die Pflicht, sich aus der fremden Rechtssphäre zurückzuziehen. Warum - bleibt offen.

Der Schlüssel für all die Unstimmigkeiten der Lehre Roterings liegt einmal in der zum Ausgangspunkt gemachten Annahme, daß jeder Staatsbürger eine Rechtssphäre habe. Da diese angeblich bestimmte Rechtssphäre in Wahrheit nicht bestimmt ist, können auch Eingriffe in sie und Wirkungen dieser Eingriffe nicht bestimmt sein. Rotering hätte davon ausgehen müssen, daß jeder Staatsbürger Inhaber bestimmter subjektiver Rechte ist und an bestimmten Rechtsverhältnissen beteiligt ist, und dann untersuchen müssen, welche Wirkungen die Beeinträchtigung bzw. Gefährdung der subjektiven Rechte hat. Zum anderen hat Rotering es versäumt, den für seine Lehre zentralen Begriff Ge-

55) Rotering, GS 34, 216

fährlichkeit zu analysieren. Nicht zuletzt diese Unstimmigkeiten hatten zur Folge, daß die Wissenschaft über die Ansicht von Rotering kommen-tarlos hinweggegangen ist und infolgedessen auch die in seiner Lehre enthaltenen richtigen Ansätze nicht beachtet wurden. Richtig war es nämlich, auf die Gefährlichkeit der Vorhandlung abzustellen, und richtig war der Hinweis, daß die Gefährdung fremder Recht zivilrechtliche Folgen (Entstehen von Beseitigungsansprüchen) haben kann⁵⁶⁾.

Rotering hat später⁵⁷⁾ einen Teil der in seiner früheren Lehre enthaltenen Fehler vermieden. Dort unterscheidet er eindeutig zwischen Handlung und Unterlassung und erkennt an, daß es ungefährliche Handlungen gibt. Auch gibt er die frühere Ansicht auf, eine ursprünglich ungefährliche, rechtmäßige Handlung könne durch spätere zufällige Ereignisse gefährlich und rechtswidrig werden⁵⁸⁾, und betont, daß nur rechtswidrige Handlungen als Entstehungsgründe einer Handlungspflicht in Betracht kommen können.

f) v. Liszt

In seinem Lehrbuch zum Reichsstrafrecht schließt sich v. Liszt der Meinung von Luden an, wonach Unterlassungen Handlungen sind⁵⁹⁾, die nur deshalb nach ihrer "negativen Seite" bezeichnet werden, "weil wir gerade ein bestimmtes Thun erwartet haben". Zu dieser Erwartung seien wir nur berechtigt, wenn der zu Beurteilende zu jenem bestimmten Tun verpflichtet war⁶⁰⁾. Bei den unechten Unterlassungsdelikten könne diese Pflicht außer in einer nichtstrafrechtlichen Rechts-

56) vgl. dazu unten S. 128 ff.

57) Rotering, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906, S. 54 ff.

58) Rotering, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906, S. 58

59) v. Liszt, Reichsstrafrecht, S. 80 f.

60) v. Liszt, Reichsstrafrecht, S. 81

norm⁶¹⁾ auch liegen "in der vorhergegangenen Übernahme oder Anmaßung der Herrschaft über den Ablauf der Kausalitätsreihe, so daß das spätere 'Unterlassen' als Aufgeben dieser Herrschaft, als ein Fahrenlassen der ergriffenen Zügel" erscheine⁶²⁾.

Diese Formulierung besteht aus einem Aneinanderreihen bildhafter Vorstellungen und symbolischer Handlungen. Wenn die Pflicht schon in einer Übernahme oder Anmaßung liegen (?) soll, dann kann diese Übernahme oder Anmaßung nicht der Entstehungsgrund der Pflicht sein, da der Entstehungsgrund einer Pflicht nicht die entstandene Pflicht ist, die entstandene Pflicht auch nicht zum Inhalt des Entstehungsgrundes gehört. Nach der Lisztschen Formulierung soll die Pflicht aber in der Übernahme bzw. Anmaßung liegen, also zu deren Inhalt gehören. Übernahme und Anmaßung kommen dann aber nicht als Entstehungsgründe in Betracht, wenn v. Liszt auch gerade die Entstehungsgründe nennen wollte. Wie und von wem übernimmt man im übrigen die Herrschaft über einen Kausalablauf oder wie maßt man sie sich an? Besteht vor der Übernahme bzw. während der Anmaßung die Herrschaft eines anderen, wie Übernahme bzw. Anmaßung ihrem Begriffe nach voraussetzen? Wenn ja, wessen? Worin besteht bei der Übernahme und Anmaßung die Handlung, so daß von einem späteren Unterlassen die Rede sein kann? Wie geschieht das Aufgeben einer Herrschaft, insbesondere einer bloß angemäßigten Herrschaft? Wie kann ein Unterlassen als ein Fahrenlassen und dann noch der Zügel erscheinen, von denen nicht gesagt worden ist, wann sie ergriffen worden sind? Warum genügt nicht die Aufgabe der Herrschaft, warum muß sie noch als Fahrenlassen der Zügel erscheinen? Wem muß es als solches erscheinen? Gibt es ein Fahrenlassen der Zügel, daß nicht Aufgeben der Herrschaft ist, deren Innehabung nur im Halten der Zügel besteht? Die Fragen lassen sich beliebig fortsetzen.

61) v. Liszt faßt hierunter die Rechtspflichten aus nichtstrafrechtlichen Gesetzen, aus dem Eltern-Kind-Verhältnis, aus Vertrag und die Amtspflichten (vgl. Reichsstrafrecht, S. 82, entsprechend Lehrbuch, 2. Aufl., S. 116 f.).

62) v. Liszt, Reichsstrafrecht, S. 82; wörtlich übereinstimmend mit den Ausführungen in Lehrbuch, 2. Aufl., S. 117

Daß v. Liszt sich selbst nicht im klaren darüber ist, was der Entstehungsgrund der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun ist, zeigen seine Beispiele: Er nimmt an, A habe dem B gegenüber eine Rechtspflicht zur Hilfe, wenn er als guter Schwimmer den B durch das Versprechen eventueller Hilleistung zu einer Schwimmpartie bestimmt habe. Dabei übersieht v. Liszt, daß zwischen A und B infolge des Versprechens und der konkludenten Annahme durch B ein Schuldverhältnis entstanden ist, aus der sich für B ein Anspruch auf Hilfe gegen A (und entsprechend für A eine Pflicht zur Hilfe) ergibt. Es handelt sich in dem Beispiel also um eine vertragliche Rechtspflicht. In dem zweiten angeführten Beispiel läßt ein Kutscher die Pferde über den im Wege liegenden Betrunkenen hinweggehen. Die Rechtspflicht soll sich aus dem vorangegangenen Antreiben der Pferde ergeben. v. Liszt übersieht, daß es in diesem Beispiel zur Bestrafung des Kutschers keiner Rechtspflicht bedarf. Der Kutscher, der die Zügel hält, handelt. Zum Begriff der Handlung ist nämlich nicht äußerlich sichtbare Körperbewegung notwendig, es genügt die durch Wollen bewirkte Muskelanspannung als körperliche Veränderung. Der Kutscher begeht also eine Körperverletzung bzw. Tötung durch Handeln.

v. Liszt ist es also nicht nur nicht gelungen, die allgemeinen Voraussetzungen der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun zu bestimmen, auch die angeführten Beispiele passen nicht. Der darüber hinaus noch in seinen Ausführungen enthaltene Zirkelschluß ist in der 3. Auflage des Lehrbuchs besonders deutlich. v. Liszt behält die frühere Formulierung zwar bei, ergänzt sie jedoch. Die Pflicht zum Handeln könne "liegen ... in der vorhergegangenen Übernahme der Herrschaft über den Ablauf der Kausalreihe, so daß ein späteres Handeln ('komplementäre Tätigkeit') erwartet werden konnte, ..."⁶³⁾ Das spätere Unterlassen erscheint jetzt also nur dann als Fahrenlassen der ergriffenen Zügel, wenn statt des Unterlassens ein Handeln zu erwarten war. Diese Formulierung enthält - abgesehen von den Ungenauigkeiten - einen logischen Fehler. Da allgemein und auch von v. Liszt anerkannt ist, daß die Rechtspflicht

63) v. Liszt, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 128. - Ähnlich auch Finger, Strafrecht I, S. 160

ihren Grund nicht in der Moral, der Höflichkeit o. ä. hat, kann die Erwartbarkeit einer Handlung nur darin bestehen, daß eine Person zur Vornahme der Handlung verpflichtet ist⁶⁴⁾, daß eine andere Person einen Anspruch auf deren Vornahme hat. Einen anderen Inhalt kann der Begriff Erwartbarkeit rechtlich nicht haben. Nun soll nach v. Liszt die "vorhergegangene Übernahme der Herrschaft" Entstehungsgrund für die Rechtspflicht dann sein, wenn ein späteres Handeln erwartet werden kann. M. a. W.: Eine Rechtspflicht entsteht dann, wenn eine Rechtspflicht entsteht. Die Begründung von v. Liszt läuft also auf ein idem per idem, eine Scheinbegründung hinaus.

In der 9. Auflage des Lehrbuchs erfährt die Ansicht von v. Liszt eine beachtliche Ergänzung. v. Liszt gibt seine frühere Formulierung zum größten Teil auf, indem er ausführt, die Rechtspflicht zum Handeln ergebe sich (u. a.) "aus dem vorangegangenen Thun, welches, nach einer allgemeinen wenn auch nirgends ausdrücklich ausgesprochenen Rechtsvorschrift spätere Thätigkeit als pflichtmäßig, späteres Fahrenlassen der ergriffenen Zügel als pflichtwidrig erscheinen" lasse⁶⁵⁾. Insbesondere begründe die Herbeiführung einer Gefahr die Verpflichtung, rechtswidrigen Folgen, soweit es möglich sei, entgegenzutreten⁶⁶⁾. Unter Herbeiführung einer Gefahr" versteht er die Herbeiführung "eines Zustandes, in welchem, unter den gegebenen und im Augenblick der Körperbewegung hervortretenden oder aber nur dem Thäter bekannten Umständen, nach unbefangenen Urteile die nahe Möglichkeit (Wahrscheinlichkeit) und damit die begründete Besorgnis gegeben (sei), daß der Eintritt der Verletzung erfolgen" werde⁶⁷⁾.

Von der schon oben dargelegten Unschärfe des aufgestellten Grundsatzes sei hier abgesehen. v. Liszt betont in seinem Erläuterungssatz das Mo-

64) so v. Liszt selbst, Reichsstrafrecht, S. 81

65) Darauf, daß dieser Satz ein idem per idem enthält, hat schon Kraus, Dogma, S. 54, hingewiesen.

66) v. Liszt, Lehrbuch, 9. Aufl., S. 127

67) v. Liszt, Lehrbuch, 9. Aufl., S. 117. - So schon Reichsstrafrecht, S. 8 f.; hier nahm v. Liszt vorweg, was er unter Gefahr verstand, nämlich "jenen Zustand, der nach unserer Erfahrung in der Mehrzahl der Fälle zum Erfolge führt".

ment der Gefährlichkeit der Vorhandlung. Er meint, der Handelnde sei verpflichtet, die geschaffene Gefahr zu beseitigen. Da der Handelnde nur dem Gefährdeten gegenüber zu Beseitigung der Gefahr verpflichtet sein kann, sagt v. Liszt damit mittelbar, daß der Gefährdete gegen den Handelnden einen Anspruch auf Beseitigung der Gefahr hat. Oder vom Begriff der Gefahr aus formuliert: Löst eine Handlung eine Kausalkette aus, die wahrscheinlich zur Verletzung eines Rechts führen wird (gefährliche Handlung), so hat der Inhaber des gefährdeten Rechts gegen den Gefährdenden einen Anspruch auf Beseitigung der Gefahr. Daß das im Ergebnis stimmt, wird noch darzulegen sein⁶⁸⁾. Das insoweit richtige Ergebnis von v. Liszt darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, daß es v. Liszt nicht gelungen ist, diese Ergebnis zu begründen. v. Liszt gibt selbst zu, daß die Handlungspflicht sich nicht aus einer positiven Vorschrift, sondern nur aus einer "allgemeinen wenn auch nirgends ausdrücklich ausgesprochenen Rechtsvorschrift", also willkürlich aufgestellten 'Vorschrift', ableiten lasse. Damit behauptet v. Liszt das Entstehen einer Pflicht (eines Anspruchs) ohne Entstehungsgrund. Ein Anspruch kann nur auf Grund eines Rechtsverhältnisses, sei es ein gesetzliches, vertragliches oder personenrechtliches, entstehen, nicht aber auf Grund einer "allgemeinen Rechtsvorschrift", die nicht als erlassen oder als naturrechtliche nachgewiesen ist, deren Existenz vielmehr lediglich behauptet wird⁶⁹⁾.

Es bleibt das große Verdienst von v. Liszt, den Gesichtspunkt der Gefährdung im richtigen Zusammenhang betont zu haben⁷⁰⁾, der einer der Schlüssel zur Lösung der Frage nach dem Entstehungsgrund der Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangenen Tun ist.

68) vgl. unten S. 128 ff.

69) Auf die Problematik des Gewohnheitsrechts, auf das v. Liszt sich nicht beruft, wird unten S. 124 ff. einzugehen sein.

70) Das wird besonders deutlich in den späteren Auflagen des Lehrbuchs. Vgl. 12./13. Aufl., S. 135, und 16./17. Aufl., S. 133. Allerdings taucht bald die irrige Meinung auf, eine die Rechte anderer gefährdende Handlung könne rechtmäßig sein, vgl. z. B. Lehrbuch, 23. Aufl., S. 134

g) Loening

Loening stellt im Jahre 1885 die Lehre von der Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun mit wenigen Sätzen wieder auf eine einigermaßen sichere Grundlage⁷¹⁾, bleibt aber leider auf die weitere Entwicklung ohne Einfluß. Loening betont die Allgemeingültigkeit des Erfordernisses der Rechtswidrigkeit und der Existenz eines verletzten Rechts für den gesetzlichen Tatbestand der Verbrechen. Mit dem Begriff Recht meint Loening hier subjektives Recht. Enn nach ihm ist eine Handlung nur dann rechtswidrig, wenn sie mit einem subjektiven Recht eines Dritten (sei es des Staates, sei es einer Privatperson) in Widerspruch steht. Ausschließlich subjektive Rechte können Gegenstand einer Rechtsverletzung sein⁷²⁾. Daraus schließt Loening für die unechten Unterlassungsdelikte ("Nichtverhinderungsdelikte"), daß diese "nur dann verübt sein können, wenn für den Täter aus irgend einem, im übrigen Recht anerkannten Grunde eine positive Verpflichtung zur Abwehr des betr. drohenden schädlichen Ereignisses begründet war". Hierunter fällt nach Loening "insbes. die Verpflichtung zur Abwehr der durch eigene rechtswidrige, wenn auch schuldlose Thätigkeit heraufbeschworenen Gefahren, als Bestandtheil der allgemeinen Reparationsverbindlichkeit"⁷³⁾ 74).

Wie vor ihm Binding fordert Loening damit für die Entstehung einer Erfolgsabwendungspflicht eine rechtswidrige Vorhandlung, d. h. eine Handlung, die dem Inhalt eines subjektiven Rechts, und zwar des gefährdeten subjektiven Rechts, nicht entspricht. Im Gegensatz zu Binding gibt Loening für die Entstehung der Rechtspflicht auf Grund dieser Vorhandlung, die zu einer Gefährdung subjektiver Rechte führt, eine - wenn auch knappe - Begründung. Die Rechtspflicht bedarf nach Loening eines "im übrigen Recht anerkannten Grundes". Diesen Grund sieht Loe-

71) Loening, Grundriß, S. 20

72) Loening, Grundriß, S. 18 f.

73) Loening, Grundriß, S. 20

74) Statt Reparationsverbindlichkeit würde man heute Schadensersatzpflicht sagen; vgl. dazu Binding, Normen I, 3. Aufl., S. 433 ff.

ning in der allgemeinen Reparationsverbindlichkeit, indem er die Verpflichtung zur Abwehr der durch rechtswidrige Handlungen heraufbeschworenen Gefahren als Bestandteil dieser Reparationsverbindlichkeit bezeichnet. Das bedeutet m. a. W., daß die Erfolgsabwendungspflicht eine Art Schadensersatzpflicht ist, die auf Beseitigung einer Rechtsbeeinträchtigung geht⁷⁵⁾. Damit hat Loening die richtige Begründung, der er mit seinen knappen Ausführungen von allen Schriftstellern am nächsten gekommen ist, angedeutet.

h) Kohler

Bei der Erörterung der Hauptfälle der "causativen Unterlassung" geht Kohler auch auf die Rechtspflichten aus vorangegangenen Taten ein⁷⁶⁾. Nachdem er sich mit den Rechtspflichten aus Gesetz und Vertrag auseinandergesetzt hat, führt er aus, eine weitere Klasse von Pflichten entstehe dadurch, daß jemand eine bestimmte Kraft entlade, deren Entladung nur dann für die Menschheit ungefährlich sei, wenn sie, einmal entladen, einer ständigen Regulierung unterworfen werde; wer hier A sage, der müsse B sagen: wer eine solche Kraft entlade, der müsse sich neben sie stellen, um sie zu mäßigen, zu zähmen, der Menschheit schadlos zu machen⁷⁷⁾.

Dieser Begründungsversuch von Kohler ist nur originell. Daß durch Kraftentladung Pflichten entstehen, ist zumindest ungewöhnlich. Daß die Entladung gleich immer für die ganze Menschheit gefährlich ist, ist kaum zu glauben. Daß die entstehende Pflicht dann darin besteht, daß man sich neben die entladene Kraft stellen muß, kann man nicht als juristische Aussage gelten lassen. Es sind lediglich mystische und bildhafte Vorstellungen, Metaphern, die in dem Wandspruch gipfeln, wer A sagt, muß auch B sagen. Daß die Entstehung der Rechtspflicht

75) Hierbei ist vorausgesetzt, daß der Begriff Schaden sowohl die Rechtsbeeinträchtigung selbst als auch die aus dieser Rechtsbeeinträchtigung entstehenden Nachteile (= Schaden im engeren Sinne) umfaßt.

76) vgl. Kohler, Studien, S. 54 ff.

77) Kohler, Studien, S. 59

aus vorangegangenen Tun nicht mit einem Sprichwort begründbar ist, bedarf wohl keiner Darlegung. Kohlers Ansicht wurde hier insoweit auch nur vermerkt, um zu zeigen, welche verzweifelten Begründungsversuche unternommen worden sind, um den Entstehungsgrund der Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun nachzuweisen.

Die folgenden Ausführungen von Kohler erwecken zunächst den Anschein, als ob Kohler sich für einen Teil der Fälle der Ansicht von Loening anschließe. Er sagt nämlich, daß auch aus einem Delikt eine Handlungspflicht hervorgehen könne, und zwar nicht nur die Pflicht, den Verletzten zu entschädigen, sondern auch die, "Veranstaltungen zu treffen, um eine Weiterentwicklung der Verletzung zu verhüten"⁷⁸⁾. Diese Pflicht ist nun bei Kohler nicht etwa eine Pflicht zur Abwendung weiterer Schäden, zur Beseitigung von Gefahren, sondern eine Menschenhilfpflicht. Sie bestehe darin, daß der Täter gehalten sei, die Sorge der menschlichen Gesellschaft und ihrer Organe auf den Verunglückten zu lenken, um ihn aus der hilflosen Lage zu erretten. Das Leben des von dem Täter schuldhaft in hilflose Lage gebrachten Mitmenschen sei insofern auf seine Seele gelegt, als er ihm aus dem Stadium der Hilflosigkeit nach Kräften herauszuhelfen schuldig sei. "Die menschliche Gesellschaft stellt jeden Uebelthäter vor sein Opfer, sofern und soweit er die hilflose Lage des Opfers durch Anrufen der Gesellschaft zu heben bestimmt ist; die Gesellschaft baut darauf, denn sie kann nicht einem jeden Uebelthäter einen Polizeimann nachsenden, damit derselbe sich sofort des hilflosen Opfers annimmt."⁷⁹⁾

Untersucht man diese von Kohler postulierte Menschenhilfpflicht wissenschaftlich, so stellt sich heraus, daß die aufgestellte "Pflicht" nicht erfüllbar ist. Wie soll nämlich der Täter "die Sorge der menschlichen Gesellschaft und ihrer Organe" auf den Verunglückten lenken? Es gibt weder eine Sorge der menschlichen Gesellschaft noch ihrer (welcher?) Organe, folglich ist diese Sorge auch nicht lenkbar. Selbst wenn dem Täter das gelingen würde, könnte dadurch kein Verunglückter aus einer hilflosen Lage gerettet werden. Es ist ferner nicht möglich, das Leben eines lebenden Menschen einem anderen Menschen auf dessen Seele zu le-

78) Kohler, Studien, S. 60

79) Kohler, Studien, S. 61

gen. Selbst wenn das gelänge, warum soll sich dann daraus für den, auf dessen Seele das Leben liegt, eine Handlungspflicht ergeben? Wiese und wie stellt die menschliche Gesellschaft jeden Übeltäter vor sein Opfer? Eine schlechtere Wache für das Opfer konnte sie gar nicht finden. Auf diesen Übeltäter soll die Gesellschaft auch noch bauen; und warum? weil sie nicht genügend Polizeibeamte hat. Diese Ungereimtheiten sind eine Folge des Aneinanderreihens von Bildern, die keine wissenschaftliche Aussage zulassen und daher in einer wissenschaftlichen Ableitung fehl am Platze sind.

Die Aufdeckung der wissenschaftlichen Unbrauchbarkeit derart bildhafter Ausführungen war nötig, weil bei Kohler zum ersten Mal ganz deutlich das bildhafte Assoziieren die begriffliche Argumentation verdrängt. Mit einer solchen "Methode" wird die kritische Überprüfung gewonnener Ergebnisse verhindert und letztlich die Jurisprudenz als Wissenschaft verneint.

i) Paul Merkel

Im Jahre 1895 macht sich Paul Merkel zum Verfechter der Lehre von der Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun, die er gegen alle Angriffe zu verteidigen versucht⁸⁰⁾. Nach ihm ist rechtswidrig, was gegen eine staatliche Norm verstößt. Wenn nun das Strafgesetz den Angriff auf ein bestimmtes Rechtsgut verbiete und mit Strafe belege, so sei es klar, daß jeder tätliche Angriff auf dieses Rechtsgut die Rechtswidrigkeit schon in sich enthalte. Bei der Begehung durch Unterlassung jedoch handele es sich - im Gegensatz zu den Begehungsdelikten - nicht um eine Rechtsverletzung, die durch einen Eingriff in fremde Rechtssphären hervorgerufen sei, "sondern um die Abwendung von Rechtsgüterverletzungen, welche durch Unterlassung der entsprechenden Tätigkeit hervorgerufen" wurden. "Solche Rechtsgüterverletzungen" seien nur dann strafbar, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestand.

80) P. Merkel, S. 31 ff.

Schon dieser Ausgangspunkt kann nicht überzeugen. Eine Handlung ist dann rechtswidrig, wenn sie mit dem Inhalt eines subjektiven Rechts eines anderen nicht vereinbar ist. Für die Frage nach der Rechtswidrigkeit ist es daher unerheblich, ob ein Strafgesetz eine Handlung verbietet und mit Strafe belegt. Es ist im Gegenteil so, daß nur eine rechtswidrige Handlung (oder Unterlassung) "mit Strafe belegt" werden kann, nicht ist die Strafandrohung Merkmal der Rechtswidrigkeit. Wenn aber nun schon rechtswidrig sein soll, was gegen eine staatliche Norm verstößt, wie kann dann eine Unterlassung, die z. B. nur gegen eine private Rechtspflicht (Vertragspflicht) verstößt, rechtswidrig sein? P. Merkel erkennt an, daß eine Unterlassung keine "durch einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre" hervorgerufene Rechtsverletzung sei. Bei der Begehung durch Unterlassung handele es sich vielmehr um die "Abwendung von Rechtsgüterverletzungen". Wenn überhaupt, dann kann es sich nur um die unterlassene Abwendung solcher Verletzungen handeln. Sind die Verletzungen abgewendet worden, kann nicht von einem Unterlassungsdelikt die Rede sein. Diese "Abwendung von Rechtsgüterverletzungen" soll nun - wie der nächste Satz bei P. Merkel ausweist - eine Rechtsgüterverletzung sein. Hält man ihm zugute, daß er statt Abwendung unterlassene Abwendung meint⁸¹⁾, wie soll dann diese Unterlassung eine Rechtsgüterverletzung sein, wo es sich bei der Unterlassung - im Unterschied zu der Begehung - doch gerade nicht um Rechtsverletzungen handeln soll? Warum sollen solche Rechtsverletzungen nur bei Bestehen einer Rechtspflicht zum Handeln strafbar sein? Was endlich ist unter Rechtssphäre und Rechtsgut im Unterschied zu Recht zu verstehen? Über diese Probleme und Unklarheiten geht P. Merkel hinweg und setzt sich mit den möglichen Entstehungsgründen der Rechtspflicht zum Handeln auseinander.

Einen solchen Entstehungsgrund sieht P. Merkel in der "Vonahme einer Handlung, welche eine von dem Handelnden unvorhersehbare, aber von ihm noch abwendbare Rechtsgüterverletzung hervorzurufen" drohe⁸²⁾.

81) Die Abwendung der Verletzung kann ja wohl kaum die Verletzung sein.

82) P. Merkel, S. 32

Zur Rechtfertigung dieser These begnügt sich P. Merkel mit dem Hinweis, daß in der Literatur insoweit "nahezu Einmütigkeit" herrsche⁸³⁾. Die vereinzelten Gegenmeinungen⁸⁴⁾ führen nach ihm dazu, daß eine große Reihe strafwürdiger Begehungen durch Unterlassung von der Strafbarkeit ausgeschlossen würde⁸⁵⁾. Das soll besagen, wenn man die sog. Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun, für die jede stichhaltige Begründung fehlt, nicht anerkennt, so kann man in bestimmten einzelnen Fällen keine Strafe verhängen; da jedoch in diesen Fällen wegen der Strafwürdigkeit bestraft werden muß, muß auch die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun anerkannt werden (*petito principii*). M. a. W. genügt für P. Merkel zur Begründung seiner Ansicht der Satz: "Strafe muß sein". Angesichts der zur damaligen Zeit schon beachtlichen Gegenstimmen ist diese Begründung unzureichend, was nicht hindert, daß P. Merkel im weiteren Verlauf der Entwicklung als einer der führenden Vertreter der Lehre von der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun zitiert wird.

k) v. Bar

Nach v. Bar existiert zwischen der Unterlassung und dem Erfolg der Kausalzusammenhang "auf Grund einer unausweislich sich aufdrängenden Anschauung des Lebens", der das Recht die Anerkennung nicht versagen könne⁸⁶⁾. Grundsätzlich setze die strafrechtliche Verantwortlichkeit eine Körperbewegung voraus⁸⁷⁾. Von diesem Grundsatz seien jedoch Ausnahmen anzuerkennen, und zwar dann, wenn - bei fehlender Körperbewegung - ein Tätigwerden "gleichsam selbstverständlich" sei, so daß das Untätigbleiben gegenüber dem in den Verhältnissen liegenden Antriebs zum Handeln entweder auf einem diesen Antrieb hemmenden

83) P. Merkel, S. 35

84) Dazu, daß die Gegenmeinungen von P. Merkel nur unvollständig wiedergegeben werden und keineswegs vereinzelt waren, vgl. unten S. 116 ff.

85) P. Merkel, S. 36. - Was P. Merkel im übrigen ausführt, ist lediglich eine Wiederholung einzelner oben bereits erörterter Meinungen.

86) v. Bar, Gesetz und Schuld II, S. 258 f.

87) v. Bar, Gesetz und Schuld II, S. 259

besonderen Entschlusse oder auf einem nachlässigen Vergessen oder Außerachtlassen der rechtlichen, zur Tätigkeit auffordernden Situation beruhe - "nicht im natürlichen Sinne, demzufolge die Tätigkeit, nicht aber die Untätigkeit eine Anstrengung fordert, wohl aber in dem ethischen Sinne, daß wer in solcher Situation nicht den Antrieb zum Handeln empfindet . . . , oder gar dem empfundenen Antriebe absichtlich nicht Folge gibt, als ein den ethischen Anforderungen nicht entsprechender, als ein schlechter, ein strafwürdiger und strafbedürftiger Mensch erscheint". Der Betrachtung erscheine dann die Untätigkeit, weil sie der als selbstverständlich vorausgesetzten Tätigkeit widerspreche, als kausal⁸⁸⁾.

Von diesem Ausgangspunkt aus behauptet v. Bar zum Problem der Rechtspflicht, es sei als "selbstverständlich" anzusehen, "daß jemand die schädlichen Folgen eines an sich fehlerhaften (schuldhaften) Verhaltens durch positive Tätigkeit" abwende, sofern er noch rechtzeitig von dem wahrscheinlichen Eintreten jener Folgen Kenntnis erhalte, oder daß er diese Folgen, sofern sie schon eingetreten seien, minder schädlich, minder dauernd mache⁸⁹⁾. Dagegen sei niemand rechtlich verpflichtet, bei einem vorausgegangenen völlig fehlerlosen, eine komplementäre Tätigkeit nicht erfordernden Verhalten noch tätig zu werden, um unvorsichtige Personen zu warnen. ihnen zu helfen oder sonstige, allerdings im mechanischen Sinne durch sein Verhalten verursachte Unglücksfälle zu verhüten⁹⁰⁾.

Es ist hier nicht der Ort, die Kausalitätstheorie von v. Bar zu widerlegen. Auffällig ist in seinen Ausführungen einmal die allzu häufige Verwendung

88) v. Bar, Gesetz und Schuld II, S. 260

89) v. Bar, Gesetz und Schuld II, S. 267. - Ansätze dazu schon bei v. Bar, Causalzusammenhang (1871), S. 90 ff., insbes. S. 99 und 102. Dort war v. Bar allerdings noch der Meinung, daß eine Unterscheidung in Handlungen und Unterlassungen "in einem absoluten Sinne" nicht anzuerkennen sei (S. 96 f.), wobei er die Unterlassung als absolute Negation und damit konsequent als reale Unmöglichkeit ansah.

90) v. Bar, Gesetz und Schuld II, S. 268

des Wortes "selbstverständlich", mit dem regelmäßig das Fehlen einer Begründung verschleiert wird. Zum anderen verblüfft die Art, wie die Kausalität der Unterlassung begründet wird. Weil der Unterlassende einem empfundenen oder auch nicht empfundenen Antriebe zum Handeln (?) nicht Folge gibt, ist er ein den ethischen Anforderungen nicht entsprechender Mensch, ein schlechter, ein strafwürdiger und strafbedürftiger - und man möchte gleich der Klarheit halber noch hinzufügen - ein zu bestrafender Mensch. Und deshalb muß seine Untätigkeit kausal sein. Von diesem Ausgangspunkt bis zur Anerkennung einer Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun ist nur ein kleiner Schritt. Wenn es schon selbstverständlich ist, einem durch nichts begrifflich bestimmten Antrieb zum Handeln, den man nicht einmal zu empfinden braucht, zu gehorchen, um wieviel "selbstverständlicher" ist es dann, daß man zur Abwendung der schädlichen Folgen des eigenen Verhaltens verpflichtet ist. In diesem Zusammenhang betont v. Bar mit der Formulierung "von dem wahrscheinlichen Eintreten jener Folgen" zutreffend die Bedeutung der Gefährlichkeit für das Entstehen einer Handlungspflicht. Sind jene Folgen schon eingetreten (das Recht durch Erfolgseintritt verletzt), so ist der Handelnde nach v. Bar verpflichtet, die Rechtsverletzung nach Möglichkeit zu beseitigen (minder schädlich, minder dauernd zu machen). Insoweit, als v. Bar damit meint, daß der Handelnde schadensersatzpflichtig ist, ist ihm im Ergebnis zuzustimmen. Er irrt jedoch insofern, als er den Rechtsgrund hierfür in einem "fehlerhaften (schuldhaften) Verhalten" sieht. Bezeichnenderweise begründet v. Bar diese Ansicht auch nicht, sondern nennt sie nur selbstverständlich. Dabei hätte insbesondere die Beschränkung auf fehlerhafte Verhalten, unter denen v. Bar - so die Klammerdefinition - schuldhafte Verhalten versteht, einer Begründung bedurft. Der Notwendigkeit, eine solche Begründung geben zu müssen, entzieht v. Bar sich mit der unrichtigen Behauptung, daß niemand rechtlich verpflichtet sei, bei einem vorausgegangenem, völlig fehlerlosen Verhalten noch tätig zu werden, um unvorsichtige Personen zu warnen, ihnen zu helfen oder sonstige Unglücksfälle zu verhüten. Damit weicht v. Bar von den bisherigen Ansichten in der Literatur insofern ab, als nach ihm nur die rechtswidrig-schuldhafte Vorhandlung, nicht aber die rechtswidrig-schuldlose Vorhandlung als Entstehungsgrund der Rechtspflicht in Be-

tracht kommt. Dem fehlerhaften (schuldhaften) Verhalten, durch das Rechtsverletzungen verursacht werden (Rechtswidrigkeit!), stellt er nämlich das "völlig fehlerlose Verhalten" (also schuldlose Verhalten) gegenüber, durch das "im mechanischen Sinne" Unglücksfälle, also Rechtsverletzungen, verursacht werden (Rechtswidrigkeit!).

2. Zusammenfassung

Die Darstellung der jüngeren Rechtspflichttheorien hat gezeigt, daß über den Entstehungstatbestand der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun im Schrifttum nicht die geringste Einigkeit besteht, daß ferner einfach ein Entstehungstatbestand behauptet wird, ohne zu begründen, warum das Behauptete eine Entstehungstatbestand ist.

Während bei Rotering jedes "Gebahren" ausreicht, um eine Rechtspflicht zu erzeugen, fordert v. Bar eine rechtswidrig-schuldhafte Handlung. Nahezu alle zwischen diesen Extremen liegenden Möglichkeiten werden vertreten. Nach v. Buri und Kohler genügt im Ergebnis jede beliebige Handlung, nach Binding nur die rechtswidrige Handlung, nach Meyer kommt mit Einschränkungen auch die rechtmäßige Vorhandlung in Betracht, wenn sie nur gefährlich ist, nach Hrehorowicz und P. Merkel dagegen jede gefährliche Vorhandlung, gleichgültig ob sie rechtswidrig oder rechtmäßig ist; v. Liszt fordert eine gefährliche pflichtwidrige Handlung, Loening endlich eine rechtswidrige schuldlose Vorhandlung. Unter den Schriftstellern, die eine rechtswidrige Vorhandlung fordern, besteht keine Einigkeit darüber, wann eine Handlung rechtswidrig ist.

Sieht man von Loening ab, so unternimmt kein Schriftsteller den Versuch zu begründen, warum die von ihm aufgestellten Erfordernisse geeignet sind, eine Rechtspflicht zu erzeugen. Es wird teilweise sogar eingestanden, daß eine solche Begründung fehlt, und behauptet, daß sie überflüssig oder unmöglich ist.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß es nicht gelungen ist, die Entstehung der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun stichhaltig und wissenschaftlich überprüfbar zu begründen.

Fünftes Kapitel:

Die Begründung der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun aus Gewohnheitsrecht

1. Die Ansicht von Traeger

Einen gewissen Abschluß der dargestellten Entwicklung bilden die Ausführungen von Traeger. Er widmet sich im Jahre 1913 in einer umfangreichen Abhandlung dem Problem der Unterlassungsdelikte, wobei er eingehend die verschiedenen Entstehungsgründe für die Rechtspflicht zum Handeln untersucht¹⁾.

Traeger legt für seine Untersuchungen einen Unterlassungsbegriff zugrunde, der auf den in der Argumentation von v. Liszt enthaltenen Zirkelschluß zurückgeht²⁾. Für ihn ist die Unterlassung die Nichtvornahme einer erwarteten möglichen Handlung³⁾. Diese Unterlassung, die von dem Setzen einer Bedingung zum Erfolg grundverschieden sei, sei nie kausal⁴⁾. Das Kausalitätsproblem beschränke sich bei den Unterlassungsdelikten auf die Frage nach der Kausalität der erwarteten Handlung, "d. h. allein auf die Frage, ob die bloß vorgestellte Handlung kausal gewesen wäre für die Abwendung des schädlichen Erfolgs". Für diesen Zusammenhang schlägt Traeger vor, von der Relevanz der Unterlassung zu sprechen. Relevant sei eine Unterlassung dann, wenn eine für den Unterlassenden mögliche, aber von ihm nicht vorgenommene Handlung gewisser Art den Eintritt des Erfolgs höchstwahrscheinlich verhindert hätte⁵⁾.

Traeger erkennt hier zwar richtig, daß die Unterlassung nicht kausal ist und daß sich mit der Formel der Äquivalenztheorie die Kausalität nicht begründen läßt. Er erkennt auch, daß es unstatthaft ist, diese

1) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 5 ff.

2) vgl. oben S. 95

3) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 9

4) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 13, insbes. S. 20

5) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 21

Formel zu modifizieren, indem man in den Unterlassungsfällen die unterlassene Handlung hinzudenkt und auf diesem Weg die Kausalität der Unterlassung begründet. Trotzdem macht Traeger im Ergebnis nicht anderes. Er untersucht ebenfalls hypothetisch die Kausalität der unterlassenen Handlung, indem er sie hinzudenkt, und schließt dann statt auf die Kausalität auf die Relevanz der Unterlassung. Damit ist nichts gewonnen. Denn jetzt ist zu begründen, wieso diese Relevanz geeignet ist, die fehlende Kausalität der Unterlassung zu ersetzen und somit die Bestrafung zu ermöglichen. Diese Begründung gibt Traeger nicht. Deshalb liegt die Annahme nahe, daß er sich lediglich durch Einführung eines neuen Wortes den Angriffen derer zu entziehen versuchte, die die Kausalität der Unterlassung verneinten, daß er aber im übrigen nicht gewillt war, aus den Nicht-Kausalität der Unterlassungen irgendwelche Folgerungen zu ziehen.

Infolgedessen stellt Traeger denn auch die seiner Ansicht nach entscheidende Frage inhaltlich wie die übrigen Autoren: "Wann macht die relevante schuldhaftige Unterlassung gleich der Verursachung des Erfolges verantwortlich ..?"⁶⁾ Antwort: "Wenn die Verhinderung des schädlichen Erfolges rechtlich geboten ist, wenn das Recht ein Tätigwerden zur Abwendung des Erfolgs verlangt."⁷⁾

Der Ansatzpunkt von Traeger ist also folgender: Ein Unterlassen ist relevant, wenn eine bestimmte Handlung zu erwarten war, m. a. W. - wie oben bereits ausgeführt⁸⁾ - wenn die Vornahme einer bestimmten Handlung rechtlich geboten war; diese relevante Unterlassung macht verantwortlich, wenn die Verhinderung des schädlichen Erfolges rechtlich geboten war, m. a. W. wenn die Vornahme einer bestimmten Handlung rechtlich geboten war. Traeger benutzt also zur Begründung der Relevanz dasselbe Argument wie zur Begründung der Verantwortlichkeit, verschleiert diese Tatsache lediglich durch unterschiedliche

6) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 27

7) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 66

8) vgl. oben S. 95

Wortwahl. Der logische Fehler dieses Vorgehens liegt darin, daß Traeger ein Merkmal, das nach seiner eigenen Ansicht zum Begriff der Unterlassung gehört (Erwartetsein der Handlung), dazu benutzt, um die Verantwortlichkeit für die Unterlassung zu begründen.

Traeger untersucht im folgenden, in welchen Fällen die Verhinderung des schädlichen Erfolges rechtlich geboten ist. Diese Untersuchung leitet er mit einer *petitio principii* ein: Es sei "unumgänglich, das Untätigbleiben bestimmter Personen in gewissen Verhältnissen oder unter gewissen Umständen ... (bei den Strafdrohungen des Gesetzgebers) in Betracht zu ziehen und die Personen für die Nichthinderung der rechtlich bedeutsamen Erfolge unter diesen Voraussetzungen verantwortlich zu machen"⁹⁾, also zu bestrafen. In all den Fällen, "wo der Bestand der gesellschaftlichen Ordnung und Sicherheit in hohem Maße von der Erfüllung der den einzelnen obliegenden Rechtspflichten abhängt", sei die Gleichstellung der Nichthinderung des Erfolgs mit der Verursachung des Erfolgs hinsichtlich des Strafschutzes durchaus gerechtfertigt, ja selbstverständlich¹⁰⁾. Unter mehrfacher Berufung auf "Rechtsempfinden" und "Rechtsgefühl"¹¹⁾ und unter Anführung von an das Gefühl appellierender Beispiele kommt Traeger auf Grund dieses ohne Begründung vorgetragenen Ausgangspunkts zu dem Satz, der Verursachung des rechtswidrigen Erfolgs stehe die Nichthinderung des Erfolgs da gleich, wo eine besondere (spezielle) Rechtspflicht zur Verhinderung bestehe, gleichviel welcher Rechtsquelle die Pflicht entspringe¹²⁾.

Bei der Untersuchung der einzelnen Entstehungsgründe folgt Traeger der üblichen Einteilung: Rechtspflichten zum Handeln, die "auf besonderer Anordnung des Rechts - sei es unmittelbar auf Gesetz, sei es mittelbar infolge eines Rechtsgeschäfts -" beruhen, und Rechtspflichten, "für die sich keine besondere Vorschrift im Recht findet, wo die Rechts-

9) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 69. - Diese These bezeichnet Traeger an Hand von Beispielen als "unerlässlich", "selbstverständlich" und "notwendig".

10) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 71

11) Traeger, Festschrift für Enneccerus, z.B. S. 73, 75 und 76

12) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 77

pflieht sich vielmehr auf 'ein vorangegangenes Tun' gründen soll"¹³⁾. Für den letzten Fall vermißt Traeger im Schrifttum die Begründung¹⁴⁾.

Bei der Erörterung der Frage, wann eine Rechtspflicht zum Handeln entsteht, stellt Traeger zunächst fest, daß sich die Rechtspflicht sowohl aus einer gesetzlichen Bestimmung als auch aus einem Amt als Amtspflicht und aus einem Rechtsgeschäft ergeben könne¹⁵⁾. Dann wendet er sich den übrigen Fällen der Rechtspflicht zum Handeln zu. Außer den erörterten seien Fälle denkbar, in denen bei Nichthinderung des Erfolgs eine strafrechtliche Verantwortlichkeit notwendig erscheine, ohne daß sich eine einschlägige gesetzliche Vorschrift als Entstehungsgrund der Rechtspflicht finden lasse. Nach der herrschenden Ansicht seien das die Fälle, "wo sich die Rechtspflicht auf ein vorangegangenes Tun gründen" solle¹⁶⁾.

Aus diesen Fällen scheidet Traeger zunächst bestimmte Fälle aus, die zwar herkömmlich mit der Annahme einer Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun gelöst werden, nach Ansicht Traegers aber Fälle sind, bei denen sich die Handlungspflicht aus einer gesetzlichen Vorschrift ergibt.

So treffe den Arzt, der an einem verunglückten Bewußtlosen eine notwendige Operation vornehme, nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag die Pflicht, den Patienten zu verbinden. Unterlasse er es, so sei der Tatbestand der Tötung gegeben¹⁷⁾. Der unklare Hinweis, ein Geschäftsführer dürfe die Geschäftsführung nicht zur Unzeit abbrechen, läßt vermuten, daß Traeger in diesem Fall die Haftung aus § 242 BGB ableiten will und die Geschäftsführung ohne Auftrag nur als Scheinbegründung vorschiebt. Im Jahre 1913 war es nämlich

13) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 79

14) Dabei übersieht er den beachtlichen Ansatz von Loening.

15) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 79 - 93

16) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 94

17) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 95 und 96

ganz herrschende Meinung, daß eine Verpflichtung zur Fortsetzung der übernommenen Geschäftsführung nach §§ 677 ff. BGB, die Traeger behauptet¹⁸⁾, nicht bestehe, der "Rücktritt" von der Geschäftsführung lediglich unter besonderen Umständen schadensersatzpflichtig mache¹⁹⁾.

Der Kutscher, der auf einsamer Landstraße einen Menschen fahrlässig überfahren habe und in kalter Winternacht liegen lasse, sei wegen Tötung durch Unterlassung strafbar, da ihn nach § 249 BGB die Rechtspflicht der Wiederherstellung des früheren Zustandes (d. i. vor allem die Abwendung schlimmerer Folgen, die sich aus dem schuldhaft herbeigeführten Zustand entwickeln können) treffe²⁰⁾. Die Begründung ist nicht stichhaltig. § 249 BGB ist nie Entstehungsgrund einer Pflicht, er setzt - wie der Wortlaut bereits beweist - eine nach einer anderen Vorschrift entstandene Schadensersatzpflicht voraus und regelt lediglich den Umfang dieser Ersatzpflicht. Damit soll nicht gesagt sein, daß sich in dem Kutscher-Fall eine Rechtspflicht nicht aus einer anderen gesetzlichen Vorschrift als der des § 249 BGB ergibt.

Ebenso sei der Wagenlenker zu bestrafen, der einen auf der Straße liegenden Betrunkenen vorsätzlich oder fahrlässig überfahre, statt ihm auszuweichen. Wenn auch eine ausdrückliche Rechtsvorschrift fehle, so zweifle doch niemand, daß der Wagenlenker rechtlich verpflichtet sei, anzuhalten oder auszuweichen, wenn das zur Vermeidung eines Unfalls nötig sei. Es bedürfe "gar keiner Begründung", daß jeder, der eine Naturkraft in Bewegung setze, nicht nur im Augenblick des Inbewegungsetzens die nötigen Vorkehrungen zur Vermeidung von rechtswidrigen Erfolgen zu treffen habe, sondern auch für die ganze

18) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 96: Der Geschäftsführer sei verpflichtet, nicht unzeitgemäß die Geschäftsführung abzubrechen.

19) vgl. RGZ 63, 280 (283 f.) m. zahlr. Nachw.

20) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 95 und 96 f.

Dauer des Tätigbleibens der in Bewegung gesetzten Kraft seine Aufmerksamkeit darauf zu richten habe, daß keine schädlichen Folgen entstehen. Der Satz, daß, wer eine gefahrdrohende Tätigkeit vornehme, insbesondere eine Naturkraft in Bewegung gesetzt habe, die im Verkehr erforderliche Vorsichtsmaßregeln dauernd zu treffen habe, sei so "selbstverständlich", daß der Gesetzgeber es "gar nicht für nötig gehalten" hat, ihn noch in dieser oder ähnlicher Fassung ausdrücklich auszusprechen. Der Satz habe auch ungeschrieben als Rechtssatz Geltung²¹⁾. Und Traeger nimmt an, die Rechtspflicht des Wagenführers ergebe sich hier aus dem Gesetz²²⁾. Abgesehen davon, daß es sich in dem mitgeteilten Fall um ein Begehungsdelikt handelt, bei dem die Erörterung der Rechtspflicht ohne jede Bedeutung ist, und daß ein vom Gesetzgeber nicht erlassenes, d. h. nicht in der für Gesetzgebungsakte vorgeschriebenen Form aufgestelltes Gesetz, kein Gesetz in dem Sinne ist²³⁾, in dem Traeger diesen Begriff verwendet, enthalten seine Ausführungen eingestandenermaßen nicht einmal den Versuch einer Begründung: Die Rechtspflicht bedürfe in diesem Fall "gar keiner Begründung"; ihr Bestehen sei vielmehr "selbstverständlich".

Trotz dieser Unzulänglichkeiten seiner Lehre bleibt es Traegers großes Verdienst, im Ergebnis zutreffend darauf hingewiesen zu haben, daß in einer großen Zahl von Fällen, bei denen die Rechtspflicht üblicherweise aus einem vorangegangenen Tun hergeleitet wurde, die Rechtspflicht sich aus einer gesetzlichen Vorschrift ergibt. Ihm ist es lediglich nicht gelungen, diese gesetzliche Vorschrift zu nennen.

Danach wendet sich Traeger dann den Fällen zu, bei denen sich auch nach seiner Meinung eine Handlungspflicht nicht aus Gesetz oder Vertrag ergibt. Es gehe in diesen Fällen um die Frage, ob die Herbeiführung

21) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 95 und 97 f.

22) Diese Folgerung ergibt sich aus dem Zusammenhang, in dem Traeger diesen Fall erörtert. Er scheidet diesen Fall aus der Fallgruppe "Rechtspflichten aus vorangegangenen Tun" aus und will den Nachweis führen, daß es sich hier um eine gesetzliche Rechtspflicht handelt.

23) Von der Problematik des gewohnheitsrechtlichen Entstehens eines Gesetzes ist hier noch abzusehen. Das wird von Traeger in anderem Zusammenhang (vgl. Festschrift für Enneccerus, S. 104) erörtert und ist hier nicht gemeint.

einer Gefahr auch durch schuldlose abgeschlossene Handlung die Rechtspflicht begründe, den aus dem herbeigeführten Zustande sich entwickeln den schädlichen Folgen entgegenzutreten. Als Ausgangspunkt wählt Traeger einen Fall, über den das Reichsgericht zu urteilen hatte²⁴⁾.

In diesem Fall hatte der Angeklagte versehentlich eine Frau in ein Zimmer eingesperrt und trotz nachträglich von dieser Tatsache erlangter Kenntnis später nicht befreit. Traeger bemängelt, daß das Reichsgericht zwar eine Rechtspflicht des Angeklagten zu öffnen angenommen, aber nicht begründet habe²⁵⁾. Die im Schrifttum zu diesem Fall unternehmenen Begründungsversuche hält Traeger entweder für unbefriedigend oder für unrichtig. Er meint, daß eine "Rechtsregel" des Inhalts: "Hat jemand durch schuldlose Handlung einen gefahrdrohenden Zustand herbeigeführt, so ist er verpflichtet, die notwendigen Vorkehrungen zur Abwehr schädlicher Folgen zu treffen" als gewohnheitsrechtlicher Rechtssatz anzuerkennen sei²⁶⁾. Zur Begründung dieser Ansicht verweist Traeger auf die Ansichten von v. Buri, Finger, Binding, Hälschner, Loening, P. Merkel, Meyer-Allfeld, v. Bar, v. Liszt und Roterling. Aus deren Lehren nämlich ergebe sich eine "communis opinio aller namhaften Schriftsteller", was nach Traeger anscheinend für die Begründung der gewohnheitsrechtlichen Geltung des von ihm aufgestellten Satzes ausreicht, und das obwohl der Satz "von den einzelnen Schriftstellern verschieden weit gefaßt und in der Rechtsprechung mehr angedeutet als klar ausgesprochen" sei²⁶⁾.

Die Ansicht von Traeger stimmt inhaltlich mit der von v. Buri überein. Es ist danach gleichgültig, ob die Vorhandlung rechtswidrig oder recht-

24) vgl. RGSt. 24, 339 (340)

25) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 98 f.

26) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 102 - 104

mäßig ist²⁷⁾. Der von Traeger so genannte gewohnheitsrechtliche Rechtssatz entspreche "auch durchaus dem Rechtsempfinden aller billig und gerecht Denkenden".^{28) 29)}

2. Widerlegung dieser Ansicht

Sieht man von der Begründung von Loening ab, so handelt es sich bei der Berufung auf das Gewohnheitsrecht um den ersten ernst zu nehmenden Begründungsversuch, dem sich in der Folgezeit die Mehrzahl der Schriftsteller bereitwillig angeschlossen hat, nicht zuletzt deshalb, weil sich eine dem Gewohnheitsrecht ebenbürtig erscheinende "Lösung" des Problems nicht anbot und andere Begründungen nicht aufgestellt wurden.

Es bleibt somit zu untersuchen, ob der von Traeger aufgestellte Satz von ihm so begründet worden ist, daß die Voraussetzungen seines

27) vgl. z.B. die Ausführungen von Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 106

28) Traeger, Festschrift für Enneccerus, S. 107

29) Am Schluß seiner Ausführungen zu den Entstehungsgründen der Rechtspflicht stellt Traeger den Satz auf, eine Rechtspflicht entstehe - ohne Vorhandlung - auch für den, in dessen Herrschaftsbereich ein gefahrdrohender Zustand entsteht, den nur er zu beseitigen vermag (Festschrift für Enneccerus, S. 109). Er sehe keinen Grund dafür, warum der, in dessen Herrschaftsbereich der gefahrdrohende Zustand eingetreten sei, nicht bestraft werden solle. Der Unterlassende habe hier deshalb eine Rechtspflicht weil nur er den Zustand beseitigen könne. Traeger schließt hier irrig von der Möglichkeit der Gefahrbeseitigung auf die Pflicht zur Beseitigung, ganz abgesehen von der fehlenden gesetzlichen Grundlage für seine Behauptung und der Willkürlichkeit des aufgestellten Satzes. Daß seine Ansicht insofern einer kritischen Untersuchung in keinem Punkt standhält, ist in dieser Arbeit nicht auszuführen. Wichtig ist jedoch der Hinweis auf diesen neuen "Entstehungsgrund" insofern, als dieses Abweichen von den demgegenüber schon klassischen Entstehungsgründen Gesetz, Rechtsgeschäft und vorangegangenes Tun in der Folgezeit immer größere Ausmaße annimmt (vgl. z.B. Schönke-Schröder, 12. Aufl., Vorbem. Rn. 108 ff., und neuerdings Blei, Festschrift für H. Mayer, S. 119 ff.).

Entstehens nach der Lehre vom Gewohnheitsrecht vorliegen, und schließlich, ob der Satz überhaupt gewohnheitsrechtlich begründbar ist³⁰⁾.

a) Unterstellt man einmal die Lehre vom Gewohnheitsrecht als richtig³¹⁾, so ist für die Entstehung von Gewohnheitsrecht nach dieser Lehre zweierlei Voraussetzung³²⁾:

1. Es muß eine opinio necessitatis vorliegen, ein Rechtsgeltungswille der Gemeinschaft. Der Wille einzelner Kreise (z. B. der Verwaltungsbehörden oder der Gerichte) reicht nicht aus. Einen solchen Willen muß die Gemeinschaft vielmehr mindestens durch Schweigen und Nichtwidersprechen billigen, damit Gewohnheitsrecht entstehen kann.
2. Dieser Rechtsgeltungswille der Gemeinschaft muß sich in einer gleichförmigen, dauernden Übung manifestieren. Das erfolgt in der Regel mittelbar³³⁾ durch die Organe der Gemeinschaft (Verwaltungsbehörden und Gerichte). Die Übung beteiligter Volkskreise allein genügt nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen.

Wenn der von Traeger aufgestellte Satz diesen Voraussetzungen entspricht, so hat Traeger vom Standpunkt der Lehre vom Gewohnheitsrecht mit seiner Behauptung recht, daß der Satz ein gewohnheitsrechtlicher Rechtssatz sei. Die Untersuchung zeigt indessen, daß keine der beiden Voraussetzungen in der Zeit, in der Traeger seine Abhandlung schrieb, vorlag³⁴⁾.

30) Dazu vgl. die glänzenden Ausführungen von Bülow, S. 68 ff.

31) Auf dieses Problem wird S. 124 ff. einzugehen sein.

32) Beispielhaft wird im folgenden die Lehre von Nipperdey zum Gewohnheitsrecht wiedergegeben (vgl. Enneccerus-Nipperdey, AT, S. 264 ff.). Die von Nipperdey genannten Voraussetzungen werden auch in umgekehrter Reihenfolge und abhängig oder unabhängig voneinander genannt. Auf diese Einzelheiten kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht an.

33) Unmittelbar nur "in außerordentlichen Zeiten und unter außergewöhnlichen Verhältnissen" (z. B. Revolution).

34) Darauf wies auch Höpfer, ZStW 36, (1915), 103 (116), hin: Von einer Volksüberzeugung könne keine Rede sein. - Der gleichen Ansicht war offenbar auch R. v. Hippel, ZStW 36, 501 (503 f. und Fn. 9), der allerdings irrig meint, Gewohnheitsrecht brauche der Volksüberzeugung nicht zu entsprechen, es käme nur auf die "Anwendung als geltendes Recht" an.

Zu 1: Zum Nachweis der *opinio necessitatis* beruft sich Traeger auf die "communis opinio aller namhaften Schriftsteller".

aa) Damit behauptet Traeger zunächst, daß die von ihm genannten namhaften Schriftsteller eine gemeinsame Meinung zum Problem der Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangenem Tun haben mit einem dem von Traeger aufgestellten Satz entsprechenden Inhalt, daß also eine solche Erfolgsabwendungspflicht dann entsteht, wenn jemand durch schuldlose Handlung einen gefährdenden Zustand herbeigeführt, wobei die Handlung sowohl rechtswidrig als auch rechtmäßig gewesen sein kann.

Die Analyse der von Traeger zur Stützung seiner Ansicht herangezogenen Meinungen hat ergeben, daß sie nur zu einem geringen Teil einen Inhalt haben, der dem von Traeger aufgestellten Satz entspricht. So kam nach einem Teil der Meinungen nur eine rechtswidrige Handlung, nach einem anderen sowohl rechtswidrige als auch rechtmäßige Handlungen in Betracht; nach einer weiteren Ansicht sollte jedes Gebahren ausreichen, während eine noch andere Meinung nur schuldhafte Vorhandlungen genügen ließ; schließlich wurde bei verschiedenen Ansichten auf die Gefährlichkeit der Vorhandlung abgestellt, die wieder bei anderen Ansichten keine Rolle spielte. Hinzu kommt, daß selbst die Vertreter der Ansichten, die bezüglich der Voraussetzungen für das Entstehen der Rechtspflicht übereinstimmten, die übereinstimmenden Ergebnisse unterschiedlich begründeten. Bei diesem Meinungsstreit kann wohl kaum von einer *communis opinio* der Schriftsteller jener Zeit gesprochen werden.

bb) Unterstellt man einmal, die von Traeger genannten Schriftsteller hätten eine gemeinsame Meinung vertreten, so ist mit dieser *communis opinio* der namhaften Schriftsteller eine *opinio necessitatis* nicht nachgewiesen.

Die Ansicht einzelner Wissenschaftler kann schlechterdings nicht der Rechtsgeltungswille der Gemeinschaft sein. Geht man einmal davon aus, die wissenschaftliche Ansicht sei Rechtsgeltungswille einzelner Kreise, so kann dieser Wille - so die Voraussetzungen der Lehre vom Gewohn-

heitsrecht- nur als Gemeinschaftswille angesehen werden, wenn die Gemeinschaft diesen Willen einzelner Kreise durch Schweigen und Nichtwidersprechen billigt. Dazu müßte die Gemeinschaft von diesen Ansichten erst einmal Kenntnis haben. Wenn man etwas nicht weiß, so kann man das, was man nicht weiß, weder durch Dulden noch durch Nichtwidersprechen billigen. Schon an dieser Kenntnis fehlt es, an der Billigung aber erst recht³⁵⁾. Der viel berufene Mann auf der Straße wird nicht einsehen, daß er verpflichtet ist, den versehentlich von ihm in der Wohnung eingesperrten Einbrecher zu befreien, um einer Bestrafung wegen Freiheitsberaubung zu entgehen; er wird nicht einsehen, daß er den ihn überfallenden Rowdy, den er nur unter letztem Einsatz seiner Kräfte abwehren konnte, in ein Krankenhaus bringen lassen muß, wenn er nicht wegen Körperverletzung oder gar Tötung durch Unterlassen bestraft werden will.

cc) Sieht man aber auch davon ab und geht man mit v. Hippel davon aus, auf den Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft komme es nicht an³⁶⁾, so kann doch nicht der erhebliche Widerspruch gegen die Annahme einer Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun unter den Wissenschaftlern selbst übersehen werden. Dabei ist zunächst festzustellen, daß Traeger sich zu Unrecht auf die Ansichten von Hälschner und Finger beruft. Hälschner hatte sich im Jahre 1868 vielmehr zur Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun expressis verbis ablehnend geäußert³⁷⁾. Seine späteren Ausführungen³⁸⁾ lassen nicht genau erkennen, ob und wie er die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun bejaht. Ebenso äußerte sich Finger sehr skeptisch zum Problem der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun. Das Strafgesetz ergebe nur geringe Anhaltspunkte dafür,

35) Höpfner, ZStW 36, 103 (116)

36) R. v. Hippel, ZStW 36, 501 (503 f. und Fn. 9)

37) Hälschner, Preußisches Strafrecht, S. 75; auch Meyer-Allfeld, 7. Aufl., S. 172 Fn. 46, zitieren Hälschner für die gegen Traeger gerichtete Meinung.

38) Hälschner, Deutsches Strafrecht (1881), S. 238 ff.

daß es das Prinzip anerkenne, daß jedermann, wenn er durch sein Tun wider oder ohne Willen eine zu einem rechtsverletzenden Erfolg hinwirkende Bedingung gesetzt habe, verpflichtet sei, sie in ihrer Fortwirkung zu verhindern³⁹⁾. Diese Stellungnahme kann nicht zur Stützung des von Traeger aufgestellten Satzes angeführt werden.

Mindestens ebenso viele und ebenso namhafte Schriftsteller wie Traeger für seine Meinung aufzählt, lassen sich für die Gegenmeinung anführen.

Schon im Jahre 1874 betont Schütze mit Nachdruck, daß sich eine Pflicht zum Handeln nur aus privatrechtlichem Grund (gemeint: Rechtsgeschäft oder zivilrechtliche Vorschrift) oder amtshalber ableiten lasse⁴⁰⁾. Geyer spricht sich mehrfach gegen die Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun aus, so im Jahre 1877⁴¹⁾ und im Jahre 1882⁴²⁾ (gegen die Ansicht von H. Meyer), und hält es im übrigen generell für unzulässig, die Tatbestände der Begehungsdelikte auf bloße Unterlassungen auszudehnen⁴³⁾.

Haupt erklärt sich Jahre 1882 ebenfalls gegen die Lehre von der Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun. Das Unterlassen sei nur Unrecht, wenn eine Pflicht zum Handeln dadurch verletzt werde. Die Antwort auf die Frage, ob eine solche Pflicht bestehe oder nicht, habe das Strafrecht beim Zivilrecht zu suchen. Danach seien Gesetz und Vertrag die einzig möglichen Entstehungsgründe. Haupt weist zutreffend darauf hin, daß sich oft die sog. Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun als eine solche aus Gesetz darstelle⁴⁴⁾.

39) Finger, Lehrbuch, 1. Bd., Berlin 1904, S. 292 (eindeutig anerkannt werden die Rechtspflichten aus Gesetz und Vertrag); zweifelnd auch noch in Lehrbuch, 4. Aufl. (1932), S. 456, und entsprechend in: Das gesamte Deutsche Recht, S. 456

40) Schütze, Lehrbuch, S. 102

41) Geyer, Holtzendorff-Handbuch, S. 92

42) Geyer, Kritische Vierteljahresschrift, Bd. 24, S. 443 f.; auch Meyer-Allfeld, Lehrbuch, 7. Aufl., S. 172 Fn. 46, verstehen die Ausführungen von Geyer in diesem Sinne.

43) Geyer, Kritische Vierteljahresschrift, Bd. 24, S. 244

44) Haupt, ZStW 2, 533 ff. (547 ff. und 550)

In einer umfangreichen Monographie über die unechten Unterlassungsdelikte nimmt auch Landsberg (1890) zu dem Problem Stellung⁴⁵⁾. Er mokiert sich über die Schriftsteller, die mit Gesetz und Vertrag als Entstehungsgründe der Rechtspflicht "nicht auskommen zu können" glauben. Der von diesen Schriftstellern aufgestellte Satz: "Du sollst schlimmen Folgen, welche aus Deiner Thätigkeit zu entspringen drohen, vorbeugen!" werde bezeichnenderweise von niemandem begründet. "Woher diese Rechtsnorm und die ihr entsprechende Rechtspflicht genommen sei, ob aus dem Civilrecht oder aus dem öffentlichen Recht oder woher sonst, darüber wird nichts verrathen; es möchte sich sonst herausstellen, daß sie einem heute nicht mehr in bestem Ansehen stehenden Rechte entnommen ist, einem Rechte, welches einzig und allein stets bereit ist, solche 'allgemeinen' Sätze im Bedürfnisfalle rasch und fertig zu liefern, dem Naturrechte"⁴⁶⁾. Es gehe nicht an, die Urtheile über Unterlassungsdelikte "zur Frage des Taktes und Geschmacks" zu machen⁴⁷⁾. Landsberg unternimmt es deshalb, mit Hilfe des Gesetzes die Fälle, die üblicherweise mit der Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun gelöst werden, zu lösen⁴⁸⁾. Er verweist dabei u. a. auf eine Reihe gemeinrechtlicher Institute, die zum Teil später Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch gefunden haben und auch heute noch - von den Vertretern der Rechtspflichtlehre anscheinend unbemerkt - im Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten sind.

Im Jahre 1895 führt Sturm in einer viel beachteten Abhandlung gegen v. Buri aus, der Satz: "Jeder übernehme durch Vornahme einer beliebigen Handlung die Verbindlichkeit, den etwa schädlichen Erfolg derselben abzuwenden" werde schon durch die Anschauungen des Lebens widerlegt⁴⁹⁾. Anschauungen, auf die Traeger sich zur Begründung seiner These von der gewohnheitsrechtlichen Geltung berufen müßte. Sturm erkennt nur eine gesetzliche oder vertragliche Rechtspflicht an.

45) Landsberg, S. 257 ff.

46) Landsberg, S. 258. - Die aus der damaligen Zeit heraus zu verstehen - de und - teilweise - unzutreffende Polemik Landsbergs gegen das Naturrecht ändert nichts an der Richtigkeit seiner Ansicht im übrigen.

47) Landsberg, S. 266 f., - zustimmend Sturm, Rechtswidrigkeit der Unterlassung, S. 11

48) Landsberg, S. 268 - 286

Der Prager Rechtsphilosoph Oskar Kraus rügt im Jahre 1898 an v. Liszt, daß dieser eine Rechtspflicht aus vorangegangenem Handeln annehme, ohne eine gesetzliche Vorschrift, die eine Grundlage gewähre, nennen zu können. Eine solche Vorschrift sei in der positiven Rechtsordnung nicht enthalten, und eine allgemeine Anerkennung allein sei kaum ein genügender Ersatz⁵⁰⁾.

Für völlig verfehlt müssen Oppenhoff-Delius die Lehre von der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun gehalten haben, da sie sie selbst im Jahre 1901 nicht einmal erwähnen, geschweige denn vertreten. Sie erkennen nur Rechtspflichten aus Gesetz, Rechtsgeschäft und Delikt an⁵¹⁾. Nachdrücklich spricht sich auch Schimmelbusch (1903) gegen die Lehre von der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun aus⁵²⁾. Er gibt zu, daß es Fälle gebe, in denen das Rechtsgefühl Bestrafung fordere. Solange jedoch "das Gesetz keine entsprechende Pönalsanktion" kenne, dürfe ein vom "natürlichen Gesichtspunkt aus" Strafwürdiger - nicht zuletzt wegen § 2 StGB⁵³⁾ - nicht zur Verantwortung gezogen werden. Das Gesetz kenne nun einmal keine allgemeine Norm, welche verlange, den schädlichen Folgen einer vorausgegangenen Tätigkeit zu steuern. Im Jahre 1905 betont Sturm noch einmal seinen bereits früher geäußerten Standpunkt⁵⁴⁾. Er sagt, die Lehre von der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun sei ein Rest Kausalitätstheorie⁵⁵⁾, ein Rest Normen-

49) Sturm, Rechtswidrigkeit der Unterlassung, S. 3 (vgl. auch S. 11 und S. 27 ff.)

50) Kraus, Dogma, S. 54; - Kraus hält generell die Bestrafung der sog. Kommissivdelikte durch Unterlassung wegen Verstoßes gegen § 2 StGB für unmöglich; Kraus, Dogma, S. 48 und 54 ff.; ferner Kraus, ZStW 23, 789 - 791

51) Oppenhoff-Delius, Strafgesetzbuch, 14. Aufl., § 1 Note 8 und § 211 Note 4; - auch Meyer-Allfeld, Lehrbuch, 7. Aufl., S. 172 Fn. 46, führen Oppenhoff-Delius als Vertreter der Gegenmeinung an.

52) Schimmelbusch, S. 41 ff., insbes. S. 42, 43, 45

53) Deshalb hielt auch Höpfner, ZStW 36, 103 (112), Traeger entgegen, daß die Berufung auf ein die Strafbarkeit begründendes Gewohnheitsrecht unzulässig sei. - Noch 1931 nennt Kantorowicz, StrAbh. Heft 297, S. 51, den von Traeger aufgestellten Satz "einen angeblichen Gewohnheitsrechtssatz".

54) Sturm, Die strafbaren Unterlassungen, S. 51 f.

55) Hierbei spielt Sturm auf die im Anschluß an Luden entwickelten Kausalitätslehren an.

theorie, die "hinter dem Rechte ethische ... Normen" gesehen habe, die nicht gesetzt seien und nicht gelten. Wie solle ein Richter ein Urteil nach dem gegebenen Strafrecht rechtfertigen, wenn er für eine Strafe keinen Satz des Rechts, sondern nur eine nirgends stehende Sollvorschrift anführen kann, die einige Gelehrte vertreten. Mit Recht werde man ihm sagen, er habe nach dem Gesetz zu entscheiden.

v. Alberti nennt im Jahre 1908 die rechtspflichtbegründende vorangegangene Handlung "ein Schlagwort, mit dem sich viele begnügen", und fordert eine genaue Analyse dessen, was sich dahinter verbirgt⁵⁶⁾.

Auch ein so bedeutender Strafrechtler wie Frank stand der Lehre zur Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun von Anfang an skeptisch gegenüber. Eine eigene Stellungnahme dazu gibt Frank ausdrücklich erst in den letzten Auflagen seines Kommentars. In den früheren Auflagen berichtet er lediglich über die herrschende Lehre. Nach Frank ist die Unterlassung kausal, entweder wenn eine gesetzliche Pflicht zum Handeln besteht (z. B. Alimentation) oder wenn die Verpflichtung zum Handeln zur Abwendung eines Ereignisses ausdrücklich (z. B. Versprechen) oder konkludent (z. B. Arzt beginnt mit Operation) übernommen ist⁵⁷⁾. Von der zweiten Auflage an fügt Frank bei der zweiten Gruppe hinzu, meist werde behauptet, daß auch die unvorsätzliche⁵⁸⁾ Herbeiführung einer Gefahr die Verpflichtung begründe, den rechtswidrigen Folgen soweit als möglich entgegenzutreten⁵⁹⁾. Diesen Satz will Frank keineswegs anerkennen. Noch in der 15. Auflage⁶⁰⁾ führt er aus, daß sich dieser Satz in der Tat zwar nur als gewohnheitsrechtlicher bezeichnen

56) v. Alberti, Rechtswidrige Unterlassungen, S. 22 f. - Zur Lösung des Problems verweist er unter anderem auf § 826 BGB (vgl. S. 28 f.).

57) Frank, 1. Aufl., § 1 VI 2 (S. 14); 2. Aufl., § 1 VI (S. 14); 5.-7. Aufl., § 1 IV (S. 23)

58) In der 18. Aufl., § 1 IV (S. 18), ersetzt Frank "unvorsätzlich" durch "unbewußt".

59) vgl. Frank, 2. Aufl., § 1 VI (S. 14); 5.-7. Aufl., § 1 IV (S. 23); auch noch in der 15. Aufl., § 1 IV (S. 19), in der 17. Aufl., § 1 IV (S. 20)

60) ebenso Frank, 17. Aufl., § 1 IV (S. 20)

lasse, er sei jedoch in der behaupteten Allgemeingültigkeit als solcher nicht nachzuweisen⁶¹⁾. Frank nennt noch 1931 die Frage nach der Haftbarkeit für Unterlassungen ein ungelöstes Problem⁶²⁾. Das gilt noch heute.

Dieser Bericht über die gegen den von Traeger behaupteten gewohnheitsrechtlichen Satz gerichteten Lehrmeinungen mag für den Nachweis genügen, daß Traeger keine Veranlassung hatte, von einer "communis opinio aller namhaften Schriftsteller" zu sprechen und damit die opinio necessitatis als Voraussetzung des sog. Gewohnheitsrechts zu behaupten.

Zu 2: Auch die zweite von der Lehre vom Gewohnheitsrecht aufgestellte Voraussetzung, die Manifestierung des Rechtsgeltungswillens durch gleichförmige, dauernde Übung liegt nicht vor, und zwar nicht nur deshalb nicht, weil es schon an einem Rechtsgeltungswillen fehlt, sondern auch deshalb, weil eine solche Übung nicht nachzuweisen ist.

Da sich diese Übung nach der Lehre vom Gewohnheitsrecht grundsätzlich in der Praxis der "Organe der Gemeinschaft" nachweisen lassen muß, kann sie nicht in der stereotypen Wiederholung von Lehrmeinungen einiger Wissenschaftler bestehen, mag diese Wiederholung auch noch so gleichförmig und dauernd sein (was sie im vorliegenden Fall nicht einmal ist). Für den Nachweis einer sich auf die Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun beziehende Übung kommen als Organe der Gemeinschaft nur die Gerichte in Betracht. Andere Organe können mit dieser Rechtspflicht nichts zu tun haben. Somit bedarf es des Nachweises, daß in der Rechtsprechung eine gleichförmige, dauernde Übung vorhanden ist.

Bis zum Jahre 1913, dem Zeitpunkt, in dem Traeger die These von der Geltung des von ihm behaupteten gewohnheitsrechtlichen Satzes aufstellt, hatte das Reichsgericht in über dreißigjähriger Rechtsprechung nur in vier Fällen eindeutig eine Rechtspflicht aus vorangegangenen

61) Frank, 15. Aufl., § 1 IV (S. 20); so auch noch in der 18. Aufl., § 1 IV (S. 18)

62) Frank, 18. Aufl., § 1 IV (S. 19)

Tun hergeleitet⁶³⁾. In anderen Fällen hat das Reichsgericht die Rechtspflicht mit Hilfe eines Gesetzes, eines Vertrages oder sonstwie zu konstruieren versucht⁶⁴⁾, ohne die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun überhaupt in Betracht zu ziehen, oder hat das Bestehen einer Rechtspflicht gänzlich abgelehnt⁶⁵⁾.

Bei vier Fällen in über dreißig Jahren und zahlreichen anders entschiedenen Fällen kann von einer "gleichförmigen, dauernden Übung" schon im Jahre 1913 wohl kaum die Rede sein.

b) Damit ist die Behauptung Traegers für den Zeitpunkt ihrer Aufstellung widerlegt und festgestellt, daß es bis zum Jahre 1913 nicht gelungen ist, das Entstehen einer Rechtspflicht aus einer Vorhandlung zwingend zu begründen.

Im weiteren Verlauf der Entwicklung wird die These Traegers von der gewohnheitsrechtlichen Geltung zwar häufig wiederholt, diese Wieder-

63) vgl. RGSt. 18, 96 (98); 24, 339 (340); 38, 123 (125); 46, 337 (343)

Das Urteil RGSt. 11, 153 (154) ist hier nicht einschlägig. Das Reichsgericht begründet in diesem Fall mit Hilfe der vorausgegangenen Handlung im Anschluß an die älteren Lehren lediglich die Kausalität der Unterlassung.

Auch in dem Urteil RGSt. 14, 362 f. wird die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun nicht bejaht. Die Rechtspflicht des Angeklagten wird vielmehr aus seiner Stellung als Eigentümer hergeleitet.

Ebensowenig enthält das Urteil RGSt. 37, 162 (165) eine eindeutige Stellungnahme zur Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun. Die Rechtspflicht der angeklagten Mutter zur Offenbarung des Aufenthalts ihrer Tochter, die - aus der Fürsorgeerziehung beurlaubt - von der Mutter versteckt worden war, scheint das Reichsgericht aus dem Gesetz herleiten zu wollen, wenn es ausführt, die Mutter habe in einer den Gesetzen entsprechenden Weise für das Kind zu sorgen und sei deshalb zur Angabe des Aufenthaltsorts verpflichtet.

64) vgl. RGSt. 10, 6 (7); 14, 362 f.; 17, 260 (261); 37, 131 (133 f.); 37, 162 (165)

65) vgl. RGSt. 25, 95 f.; wohl auch RGSt. 37, 61 (62); 41, 373 (376) und 46, 414 (415)

holungen sind jedoch ebenfalls nicht geeignet, Gewohnheitsrecht zu begründen⁶⁶⁾. Immerhin ist nicht zu verkennen, daß in der Folgezeit in zahlreichen höchstrichterlichen Urteilen eine Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun bejaht wird⁶⁷⁾, so daß nunmehr die Berufung auf das Gewohnheitsrecht eher begründet erscheint; denn jetzt kann eher behauptet werden, der Rechtsgeltungswille der Gemeinschaft habe sich in einer gleichförmigen, dauernden Übung der Gerichte manifestiert. Mit der Widerlegung der Behauptung von Traeger ist somit noch nicht der Beweis geführt, daß die späteren Berufungen auf das sog. Gewohnheitsrecht, wenn es um die Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun geht, nicht stichhaltig sind. Diese späteren Ansichten lassen sich zwar ebenso widerlegen wie die Meinung von Traeger. So sagt z. B. Welzel zutreffend, noch heute sei die Lehre von der Garantenpflicht aus vorangegangenen Tun ein ungelöstes Problem, wenn sie auch zu einem nahezu unantastbaren Dogma erstarrt sei⁶⁸⁾. Welzel hält es für verfehlt, auf Urteile zu verweisen, in denen eine solche Garantenpflicht angenommen worden sei, es gebe ebenso viele Urteile, in denen trotz Vorliegens einer Vorhandlung das Bestehen einer Garantenpflicht verneint worden sei⁶⁹⁾. Auch Krieger und andere wenden sich energisch gegen die gewohnheitsrechtliche Geltung des von Traeger aufgestellten Satzes⁷⁰⁾.

66) vgl. dazu oben S. 115 ff.

67) vgl. RGSt. 51, 9 (12); 57, 193 (196 f.); 60, 77 f.; RG JW 1932, 801; RGSt. 66, 71 (72 ff.); 68, 99 (103 f.); 72, 20 (22 f.); 72, 150 f.; 74, 38 (39); 74, 283 (285); RG HRR 1941 Nr. 216; RGSt. 75, 271 (274 f.); RG DR 1941, 1837 f.; RG DR 1941, 2657; RG DR 1942, 1782; RG DR 1943, 577 (578); RG DR 1943, 893

OGHSt. 1, 357 (359); 2, 11 (14 f.); 2, 63 (66); 2, 161 (163 f.); 3, 1 (3 f.)

BGHSt. 1, 22 (27); 3, 18 f.; 2, 129 (133 f.); 2, 279 (283); 4, 20 (21 f.); BGH bei Dallinger MDR 1953, 272; BGH NJW 1953, 1193 (1194); BGH NJW 1954, 1047 (1048); BGH LM Nr. 10 zu Vorb. zu § 47 StGB Täterschaft durch Unterlassen; BGH JR 1956, 347; BGHSt. 11, 353 (355); 14, 240 (246); 14, 229 (230 ff.); 19, 152 (154 f.)

68) Welzel, JZ 1958, 495

69) Welzel, JZ 1958, 495 und 494

Diese Hinweise mögen genügen, um anzudeuten, daß die späteren Meinungen ebenso wie die Ansicht Traegers widerlegt werden könnten. Diese Widerlegungen hätten jedoch den Nachteil, daß auch sie in ihrer Gültigkeit zeitlich begrenzt wären insofern, als jede spätere Berufung auf das Gewohnheitsrecht eine erneute Widerlegung erfordert. Deshalb ist es geboten, die Frage zu untersuchen, ob es überhaupt Gewohnheitsrecht gibt. Im Falle der begründeten Verneinung dieser Frage wäre einmal der Nachweis geführt, daß die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun mit dem sog. Gewohnheitsrecht nicht begründbar ist, zum anderen erledigte sich damit das Problem, ob die gewohnheitsrechtliche Begründung der Pflicht gegen § 2 Abs. 1 StGB oder gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstößt.

Nach der Lehre vom Gewohnheitsrecht ist das Gewohnheitsrecht wie das durch Gesetzgebung entstandene Recht (im Gegensatz zum Naturrecht) eine Art des sog. positiven Rechts⁷¹⁾. Der Inhalt der Behauptung, es gebe Gewohnheitsrecht, ist demnach, es gebe Gesetze, die nicht durch staatlichen Gesetzgebungsakt entstehen, also Gesetze, deren Tatbestand nicht Inhalt eines positiven Gesetzes ist, mit einer Wirkung, die ebenfalls nicht Inhalt eines positiven Gesetzes ist. Es handelt sich also bei Gewohnheitsrecht dem Inhalt nach um gesetzliche Regelungen, die sich von anderen gesetzlichen Regelungen, die man üblicherweise als positiv gesetzlich bezeichnet, dadurch unterscheiden, daß sie nicht durch einen sog. Gesetzgebungsakt (d. i. eine rechtsgeschäftliche Erklärung besonderer Art) eines oder mehrerer nach der Verfassung oder Satzung einer Körperschaft (z. B. des Staates) dafür zuständiger Organe (sog. Gesetzgebungsmacht) erlassen sind.

70) Krieger, S. 30 und 32 f.; Klee, GA 62, 421 f.; Drost, GS 109, 17 ff.; M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 192 Fn. 11; Graf zu Dohna, Aufbau der Verbrechenslehre, S. 38; Spitaler, Steuer und Wirtschaft 1949, Sp. 467. - Bedenken auch bei Dahm, ZStW 59, 178. Vgl. auch Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 195 f., und Nowakowski, JZ 1958, 381

71) vgl. z. B. Lehmann - Hübner, § 3 (S. 13 ff.). - Wegen des Gegensatzes zwischen dem Gewohnheitsrecht und dem Naturrecht kann im folgenden das Naturrecht außer Betracht bleiben. Dem bekämpften Satz von der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun wird ja nicht naturrechtliche, sondern gewohnheitsrechtliche Geltung zugesprochen.

Um die Frage beantworten zu können, ob es derartige Gesetze gibt, also Gesetze, die ohne Gesetzgebungsakt entstehen, und um die mit den positiven Gesetzen bestehenden Gemeinsamkeiten⁷²⁾ feststellen zu können, ist zunächst zu untersuchen, was nötig ist, damit ein Gesetz durch Gesetzgebungsakt entsteht, was also ein sog. positives Gesetz ist⁷³⁾. Dabei ist von dem Begriff des rechtlichen Gesetzes auszugehen. "Ein rechtliches Gesetz ist ein Gesetz, mit dem mit zureichendem Grund behauptet wird, daß jeder Tatbestand eines bestimmten Inhalts eine Rechtswirkung eines bestimmten Inhalts begründet, jede Rechtswirkung eines bestimmten Inhalts einen Tatbestand eines bestimmten Inhalts zum Grund hat, daß also eine Rechtswirkung eines bestimmten Inhalts auf Grund eines Tatbestands eines bestimmten Inhalts notwendig eintritt (Begründungszusammenhang von Tatbestand und Rechtswirkung)."⁷⁴⁾ Dieser Begründungszusammenhang kann ein natürlicher oder ein hergestellter sein. Hier ist nur der hergestellte Begründungszusammenhang von Interesse, da niemand behauptet, durch Gewohnheitsrecht entstehen natürliche Begründungszusammenhänge⁷⁵⁾. Hergestellte Begründungszusammenhänge sind solche, "die von einer körperschaftlichen Vereinigung durch ein dafür zuständiges Organ oder mehrere dafür zuständige Organe auf Grund Entschlusses durch rechtsgeschäftliche Erklärung des Inhalts hergestellt werden, daß in jedem vorkommenden Sachverhalt, in dem der in der Erklärung durch Begriffsmerkmale bestimmte Tatbestand vorliegt, die in der Erklärung durch Begriffsmerkmale bestimmte Rechtswirkung eintritt (Herstellungsakt), daß also jeder im Inhalt des Herstellungsakts durch Begriffsmerkmale bestimmte Tatbestand die darin durch Begriffsmerkmale bestimmte Rechtswirkung begründet".⁷⁶⁾ Zur Herstellung dieses Begründungszusammenhangs bedarf die ihn herstellende Körperschaft, der

72) Positives Gesetz und gewohnheitsrechtliche Regelung sollen Arten des positiven Rechts sein, müssen nach dieser Ansicht also notwendig gemeinsame Merkmale haben.

73) Der Verfasser schließt sich im folgenden der Lehre von Ernst Wolf zum rechtlichen Gesetz und zum Gewohnheitsrecht an.

74) Ernst Wolf, Betriebliche Übung, S. 315

75) Ebensowenig wird behauptet, daß durch Gewohnheitsrecht ein einzelnes subjektives Recht entsteht.

Staat, einer besonderen "rechtsgeschäftlichen Wirkungsmacht (Herstellungsmacht)"⁷⁷⁾, die üblicherweise als Gesetzgebungsmacht bezeichnet wird. Damit nun dieser Begründungszusammenhang gegen einen bestimmten Menschen und seine Rechte wirkt, bedarf es eines Wirkungsgrundes (üblicherweise als Geltungsgrund des Gesetzes bezeichnet). Dieser Wirkungsgrund ist das Rechtsverhältnis, das zwischen der Körperschaft, dem Staat, und den von dem hergestellten Begründungszusammenhang in ihren subjektiven Rechten und Rechtsverhältnissen betroffenen Menschen besteht. Der Inhalt dieses Rechtsverhältnisses besteht darin, daß die subjektiven Rechte und Rechtsverhältnisse der betroffenen Menschen durch die körperschaftliche Vereinigung mittels Herstellung allgemeiner rechtlicher Begründungszusammenhänge änderbar sind⁷⁸⁾. Ein solches Rechtsverhältnis kann z. B. bestehen in der Staatsangehörigkeit oder in der Territorialhoheit.

Es ist somit erforderlich ein Herstellungsakt, d. i. eine rechtsgeschäftliche Erklärung mit begrifflich festgelegtem Inhalt, einer diesen Akt vornehmenden körperschaftlichen Vereinigung, die dazu die Herstellungsmacht hat, und ein zwischen der körperschaftlichen Vereinigung und dem Betroffenen bestehendes Rechtsverhältnis mit einem bestimmten Inhalt.

Wenn nun erklärt wird, es gebe Gewohnheitsrecht, so wird behauptet, daß alles das, was für die Herstellung eines Begründungszusammenhangs erforderlich ist, entbehrlich ist, der Begründungszusammenhang aber trotzdem, d. h. ohne Grund entsteht.

Beim sog. Gewohnheitsrecht fehlt der Herstellungsakt; denn das Bestehen einer mehr oder weniger verbreiteten Gewohnheit bei irgendwelchen Menschen, sich bei irgendwelchen Anlässen irgendwie - wenn auch gleich - zu verhalten ("Übung"), ist kein Herstellungsakt und damit kein Entstehungstatbestand allgemeiner rechtlicher Begründungszusammenhänge. Auch eine bei irgendwelchen Menschen gleich verbreitete Meinung, solche Zusammenhänge seien entstanden ("opinio necessitatis"), kommt

76) Ernst Wolf, Betriebliche Übung, S. 318 f.

77) Ernst Wolf, Betriebliche Übung, S. 321

78) Ernst Wolf, Betriebliche Übung, S. 322

nicht als Entstehungsgrund in Betracht⁷⁹⁾. Es fehlt auch die Herstellungsmacht. Zwar können eine Anzahl von Menschen durch Übereinkunft für die an dieser Übereinkunft beteiligten Menschen rechtliche Begründungszusammenhänge begründen, nicht aber für Dritte, die nicht an dieser Übereinkunft beteiligt sind. Schließlich fehlt es auch an einem zwischen den den Begründungszusammenhang angeblich herstellenden Menschen und den Betroffenen, die nicht zu den "Herstellern" gehören, bestehenden Rechtsverhältnis, das den Wirkungsgrund enthalten könnte. Darüber hinaus ist der Inhalt des angeblichen gewohnheitsrechtlichen Begründungszusammenhangs nicht bestimmt. Die Bestimmtheit des Inhalts ergibt sich durch die beim Herstellungsakt verwandten Begriffe. Da ein solcher Herstellungsakt und damit eine die den Inhalt bestimmenden Begriffe enthaltene Erklärung fehlt, kann der Inhalt nicht bestimmt sein. Gewohnheitsrecht kann also keine Art des positiven Rechts sein.

Da somit eine "gewohnheitsrechtliche" Entstehung allgemeiner rechtlicher Begründungszusammenhänge nicht möglich ist, gibt es kein Gewohnheitsrecht⁷⁹⁾.

Daraus folgt, daß eine Rechtspflicht auf Grund eines "gewohnheitsrechtlichen" Begründungszusammenhangs nicht entstehen kann, daß also die Lehre von der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun nicht mit einem sog. Gewohnheitsrecht begründet werden kann.

Insgesamt bleibt somit die Feststellung, daß das Bestehen einer Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun bisher nicht stichhaltig begründet werden konnte.

79) Ernst Wolf, Betriebliche Übung, S. 325

Abschließende Bemerkungen zum Problem der sog. Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun

Es kann als erwiesen gelten, daß es bisher nicht gelungen ist, das Problem der Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun zu lösen. Für die Behauptung ihres Entstehens fehlt jede stichhaltige Begründung. Eine solche Begründung ist auch nicht möglich, denn eine sog. Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun gibt es nicht.

Damit ist nicht behauptet, daß in keinem der Fälle, in denen nach der herkömmlichen Lehre eine Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun angenommen wird, überhaupt keine Rechtspflicht besteht, sondern lediglich, daß eine solche aus sog. vorangegangenen Tun nicht besteht. Den Nachweis zu führen, daß in vielen Fällen statt der sog. Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun eine solche aus Gesetz oder Vertrag besteht, ist nicht mehr Gegenstand dieser Arbeit. Deshalb sei dieser Nachweis nur in groben Zügen angedeutet.

Dabei ist zunächst festzustellen, daß Anspruch und Pflicht in einem notwendigen Zusammenhang stehen: die Pflicht ist die Bedingung des Anspruchs, der Anspruch ist auf die Pflicht inhaltlich bezogen und deren notwendige Folge. Eine Pflicht besteht immer gegenüber einem anderen, und zwar gegenüber demjenigen anderen, der die Erfüllung der Pflicht zu verlangen berechtigt ist, der also auf die Erfüllung einen Anspruch hat.

Der Anspruch als das subjektive Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen¹⁾, bedarf zu seiner Entstehung eines zureichenden Grundes, des Entstehungsgrundes = Entstehungstatbestands²⁾. Zu diesem Entstehungstatbestand gehört notwendig ein Rechts-

1) Bei der Erfolgsabwendungspflicht kommt nur der auf das Handeln eines anderen gerichtete Anspruch in Betracht.

2) Im folgenden wird die von Ernst Wolf entwickelte Lehre von der Entstehung subjektiver Rechte vorausgesetzt. Vgl. Ernst Wolf, Festschrift für Herrfahrdt, S. 197 ff., und Betriebliche Übung, S. 217 ff.

verhältnis, und zwar meist ein Rechtsverhältnis zwischen dem Anspruchsinhaber und dem Anspruchsgegner. Ein solches Rechtsverhältnis entsteht entweder durch Störung eines Menschen in einem absoluten subjektiven Recht durch einen anderen oder durch rechtsgeschäftliche Erklärungen der beteiligten Menschen³⁾. Im ersten Fall handelt es sich regelmäßig um sog. gesetzliche, im letzten Fall um vertragliche Rechtsverhältnisse.

Die Störung eines absoluten subjektiven Rechts geschieht durch rechtswidrige Handlung. Rechtswidrig ist eine das absolute Recht eines anderen störende Handlung dann, wenn sie mit erheblicher Wahrscheinlichkeit eine Änderung des Gegenstands dieses Rechts bedingen wird⁴⁾. Die Wahrscheinlichkeit dafür, daß auf Grund dieser Bedingung der Erfolg eintreten wird, liegt vor, wenn sie eine erhebliche Gefahr einer solchen Änderung bedingt. Rechtswidrig ist also die Handlung nicht deshalb, weil sie eine Änderung des Gegenstands eines absoluten Rechts bedingt, sondern deshalb, weil sie die erhebliche Gefahr einer solchen Änderung bedingt.

Infolge einer solchen rechtswidrigen Handlung entsteht zwischen dem Handelnden und dem Rechtsinhaber ein Rechtsverhältnis, das geeignet ist, Bedingung relativer Rechte (Ansprüche) des Rechtsinhabers gegen den Handelnden zu sein. Diese Ansprüche sind regelmäßig Schadenser-satz-, Unterlassungs- (Unterlassen der gefährdenden Handlung) oder Beseitigungsansprüche (Beseitigung der durch Handlung entstandenen Gefährdung des Gegenstands des absoluten Rechts).

Wie diese infolge einer rechtswidrigen Handlung entstandenen Rechtsverhältnisse sind auch die vertraglichen Rechtsverhältnisse geeignet, Ansprüche zwischen den an dem Vertragsverhältnis Beteiligten entstehen

3) Von den personenrechtlichen Rechtsverhältnissen wie Verwandtschaft u. ä. und den erbrechtlichen Rechtsverhältnissen kann hier abgesehen werden, da sich aus ihnen nicht die Pflichten ergeben können, die als Rechtspflichten aus vorangegangenen Tun bezeichnet werden.

4) vgl. Ernst Wolf, Festschrift für Fritz von Hippel, S. 678, und JuS 1968, 77 ff. (78)

zu lassen. Der Inhalt dieser Ansprüche ergibt sich aus dem Inhalt der das Vertragsverhältnis begründenden rechtsgeschäftlichen Erklärungen.

Die Anwendung dieser Auffassung auf solche Fälle, in denen herkömmlicherweise eine sog. Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun angenommen wird, sei an zwei Beispielen demonstriert:

1. A beabsichtigt, den Edersee zu durchschwimmen. Er bittet seinen Freund B, ihn dabei zu begleiten. Als B zögert, weil er sich dafür im Schwimmen nicht sicher genug fühlt, verspricht A ihm, ihn zu retten, falls B unterwegs die Kräfte verlassen. Daraufhin sagt B zu. Als A und B die Mitte des Sees erreichen, bittet B den A um Hilfe, da er nicht mehr weiter kann. A schwimmt weiter, ohne sich um B zu kümmern.

Hier ergibt sich eine Pflicht des A, den B zu retten, aus dem zwischen beiden vertraglich begründeten Schuldverhältnis. Das Versprechen des A, den B - wenn nötig - zu retten, enthält das Angebot zu einem Vertragsschluß mit entsprechendem Inhalt. Dieses Angebot wird von B durch seine Zusage angenommen. Damit entsteht zwischen A und B ein Schuldverhältnis, aus dem in dem Moment, als B nicht mehr weiterschwimmen kann, ein Anspruch des B gegen A auf Rettung (= eine Pflicht des A, den B zu retten) entsteht.

2. A schließt seinen Keller ab, ohne zu wissen, daß sich B darin befindet. Als A davon erfährt, schließt er nicht auf.

Durch die Handlung des A ist das Recht des B auf Freiheit verletzt. Wäre statt des Rechts auf Freiheit z. B. das Eigentumsrecht des B an einer Sache infolge Gefährdung dieser Sache als des Gegenstandes des Eigentumsrechts beeinträchtigt, so könnte B von A nach § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB Beseitigung der Gefährdung seines Eigentums verlangen. Im Gesetz ist die Entstehung von Beseitigungsansprüchen nur für wenige Fälle ge-

regelt, so zum Beispiel neben § 1004 BGB für das Namensrecht (§ 12 BGB), die Grunddienstbarkeit (§§ 1027, 1004 Abs. 1 BGB), den Nießbrauch (§§ 1065, 1004 Abs. 1 BGB) und das Pfandrecht (§§ 1227, 1004 Abs. 1 BGB). In all diesen Fällen handelt es sich um Beeinträchtigungen absoluter Rechte. Die Entstehung eines Beseitigungsanspruchs wegen Beeinträchtigung eines nicht in den genannten Bestimmungen aufgeführten absoluten Rechts läßt sich somit nur durch analoge Anwendung dieser Vorschriften begründen. Wenn im Gesetz die Entstehung von Beseitigungsansprüchen nur für die Beeinträchtigung bestimmter absoluter Rechte erwähnt ist, so hat das seinen Grund darin, daß bei Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs z. B. Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit nicht als Gegenstände absoluter Rechte angesehen wurden. Das hat sich spätestens durch Anerkennung eines sog. allgemeinen Persönlichkeitsrechts geändert. Handelt es sich bei den Gegenständen Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit aber um Gegenstände absoluter Rechte, so ist eine analoge Anwendung der genannten Bestimmungen auf solche Fälle, in denen andere absolute Rechte beeinträchtigt sind, angezeigt⁵⁾.

Das bedeutet, daß im Ausgangsfall B gegen A nach §§ 1004 Abs. 1 BGB usw. analog einen Anspruch auf Öffnen der Tür hat.⁶⁾

Durch sein Unterlassen hat A im Fall 1 den Anspruch des B auf Rettung, im Fall 2 den Anspruch des B auf Öffnen der Tür verletzt. Das Unterlassen widersprach inhaltlich einem Recht des B, war also rechtswidrig⁷⁾.

In beiden Fällen, die herkömmlicherweise mit der sog. Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun gelöst werden, bestand somit eine Rechtspflicht aus Vertrag bzw. aus Gesetz. Das gilt für die meisten sonstigen

5) vgl. Wolf, JuS 1968, 77

6) Daneben wird häufig ein Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB bestehen.

Fälle entsprechend. Auch dort wird sich bei genauer Analyse entweder eine Rechtspflicht aus Gesetz oder eine solche aus Vertrag nachweisen lassen. Die Klärung der sich aus diesem Ansatz ergebenden Probleme bedarf jedoch besonderer Untersuchung.

-
- 7) Daß das Unterlassen in beiden Fällen rechtswidrig war, besagt noch nichts für die Strafbarkeit des A. Gegen die Bestrafung der sog. unechten Unterlassungsdelikte bestehende durchgreifende strafrechtliche (§ 2 StGB) und verfassungsrechtliche Bedenken (Art. 103 Abs. 2 GG). So eine im Vordringen begriffene Meinung: Vgl. außer Kraus, ZStW 23, 763 (790 f.), und Dogma, S. 48 und 55, ferner H. Mayer, SJZ 1947, Sp. 15; ders., Lehrbuch, S. 119 f.; ders., Materialien, S. 275; Welzel, JZ 1958, S. 495 Fn. 10; ders., Das Deutsche Strafrecht, S. 22 und 187 ff.; ders., Niederschriften Bd. 2, S. 275, und Bd. 12, S. 94; Grünwald, ZStW 70, 412 (424 ff.); Armin Kaufmann, Dogmatik, S. 282; ders., JuS 1961, 175; Jeschek, Niederschriften Bd. 2, S. 276; Bockelmann, Niederschriften Bd. 2, S. 277, und Umdruck II R 5 in Niederschriften Bd. 12, S. 475, und Niederschriften Bd. 12, 85 ff.; Krille, Bucher und Stackelberg, Niederschriften Bd. 2, S. 278; Gallas, Niederschriften Bd. 2, S. 279; ders., Niederschriften Bd. 12, S. 79; Schafheutle, Niederschriften Bd. 12, S. 101; Bedenken auch bei Lange, Niederschriften Bd. 12, S. 97, und bei Henkel, Mschr. f. Krim. 1961, 185 ff.
-

Lebenslauf

Ich wurde am 8. Oktober 1936 als Sohn der Eheleute Josef und Katharina van Gelder in Oberhausen geboren. Nach dem Besuch des Neusprachlichen Gymnasiums in Essen-Borbeck, an dem ich am 3. März 1956 die Reifeprüfung ablegte, studierte ich an den Universitäten in Köln und Marburg Rechtswissenschaft und Volkswirtschaft. Am 2. Februar 1961 bestand ich die erste, am 13. August 1965 die zweite juristische Staatsprüfung.

Vom 1. November 1961 bis zum 31. August 1965 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät tätig. Danach war ich Verwalter einer wissenschaftlichen Assistentenstelle im Institut für Arbeitsrecht der Philipps-Universität. Am 1. Januar 1968 wurde ich zum wissenschaftlichen Assistenten ernannt.

